

## O princípio do *ne bis in idem* na Europa

Lorenzo Cordi\*

**Resumo:** O ensaio enfrenta o tema do *ne bis in idem* internacional, sintagma com o qual se designa a eficácia preclusiva que uma medida judicial emanada pelo órgão jurisdicional de um determinado País assume em um diverso ordenamento estatal. A introdução trata principalmente da emersão histórica do princípio do *ne bis in idem* nos ordenamentos europeus, tentando recolher perfis dogmáticos e aspectos de grande atualidade da figura. Depois é delineado o atual cenário internacional onde ainda persistem notáveis resistências à afirmação da regra como norma de direito internacional geral. Da mesma forma, são sublinhados os desenvolvimentos relativos em particular à experiência dos tribunais internacionais e do assim chamado espaço jurídico europeu. Este exame minucioso procede *ab imis*: são traçados os principais desenvolvimentos normativos que assinalam a criação de um espaço jurídico europeu cuja força de união reside na tutela dos direitos fundamentais. Aspecto que assume peculiar relevo no assim chamado terceiro pilar onde se afirma a existência de uma dialética entre os vários guardiões do patrimônio de valores sobre o qual se funda a região européia. No catálogo dos princípios converge também o *ne bis in idem* que através de uma gradual evolução normativa e jurisprudencial eleva-se a direito fundamental do indivíduo, que pode ser deduzido

\* Especialização em Direito e Procedimento Penal na Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento Sant'Anna di Pisa. Tradução: Teresa Ciravegna. Revisão de tradução: Karine Salgado.

de um geral princípio de confiança que salvaguarda a posição jurídica da pessoa que já foi processada. A pesquisa procura também sublinhar os limites necessários da regra, percebidos no possível abuso consistente na escolha de um foro *conveniens* e no respeito das regras do justo processo que de outro modo alteram o princípio no indevido reconhecimento de um julgado iníquo. O ensaio termina com a observação sobre o comportamento da regra atuando no plano da cooperação judiciária, com especial atenção ao mandado de prisão europeu, instrumento de recente lavra que entrega uma edição do *ne bis in idem* muito distante da tradicional dimensão de extradição do princípio.

**Palavras-Chave:** *Ne bis in idem* Internacional – Processo Penal – Espaço Judiciário Europeu – Cooperação Judiciária em Matéria Penal – Eficácia das Decisões Penais – Mandado de Prisão Europeu.

### **The principle of *ne bis in idem* in Europe**

**Abstract:** This analysis confronts the theme of international *ne bis in idem*, a syntagma that designates the preclusive efficacy with which a judicial order issued by a judicial body from a specific country is adopted in the various state systems. The introduction deals mainly with a historical emergence of the principle of *ne bis in idem* in European systems, endeavoring to gather dogmatic profiles and contemporary aspects of the concept. Afterwards, the current international scenario is described, where there is still considerable resistance to acknowledging this rule as a standard of general international law. In the same manner, developments related in particular to international courts and to the so-called European juridical space are underscored. This detailed examination proceeds *ab imis*: it traces the main normative developments that denote the creation of a European juridical space whose unifying strength lies in the protection of fundamental rights – an aspect that takes on a singular importance in the so-called third pillar, where the

existence of a dialect is acknowledged between the various guardians of the heritage of values upon which the European region is founded. The concept of *ne bis in idem* also converges in the catalogue of principles, which, through gradual normative and jurisprudential evolution, exalts the fundamental rights of the individual and can be deduced from a general principle of trust that safeguards the juridical position of the person who is being prosecuted. This research also seeks to underscore the necessary limits of the rule, perceived in the possible abuse consisting of the choice of a venue *conveniens* and concerning the rules of due process that, on the other hand, alter the principle in the improper recognition of an unfair judgment. The analysis concludes with an observation about the behavior of the rule acting in the plan of judiciary cooperation, with special attention given to the European arrest warrant, a recently drafted instrument that delivers an edition of *ne bis in idem* very much removed from the traditional extradition dimension of the principle.

**Key-words:** International *ne bis in idem* – Criminal proceeding – European judiciary space – Judiciary cooperation in criminal matters – Efficacy of criminal decisions – European arrest warrant.

### Primeira Parte\*\*

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A FENOMENOLOGIA DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* ENTRE HISTÓRIA, DOGMÁTICA E ATUALIDADE

No sistema inquisitório vigente nos antigos Estados da península itálica, a falta de prova do fato objeto do julgamento gera absolvições fatalmente instáveis. *Actore non probante, reus*

\*\* As referências deste texto virão na segunda parte.

*absolvitur*, mas somente *ab abservantia iudicii*. O réu permanece, assim, exposto ao risco de um novo processo caso *superveniant nova indicia*.<sup>1</sup> Isso é permitido pela fórmula *stantibus rebus prout stant* (ou *ex hactenus deductis vel alio non edocto*) posta ao lado do dispositivo absolviatório caso o juiz não possa repetir a tortura ou cominar a *poena extraordinaria*. A absolvição plena, decretada com o motivo *absolvitur tanquam innocens: calumniatus es* e propriamente idônea a constituir coisa julgada, é um epílogo bastante raro. Pietro Cavallo, criminalista do século XVII, não menciona nenhuma embora tivesse “consumido toda a sua vida em assuntos penais”.<sup>2</sup> A prática de colocar condições resolutivas do julgado não poupa nem mesmo as sentenças de condenação,

<sup>1</sup> CLARO. *Practica criminalis, totius criminalis iudicii ordinem et delictorum poenas complectens*, apêndice a *Sententiarum receptarum liber quintus, in quo diversorum criminum materia*, 1.568, quaestio LVII, 3; quaestio LXII, 2: *Si vero non probat ipse suam innocentiam nisi per torturam, vel si non absunt indicia sufficientia ad torquendum, vel ad inponendam aliquem poenam extraordinariam, tunc absolvitur quidam, non tamen diffinitiva, sed stantibus rebus prout stant. Et hoc casu, si deinde superveniant nova indicia, de novo contra eum proceditur*; FARINACCIO. *Praxis et theórica criminalis*, 1.609, I, I, *de inquisitione*, quaestio 1, n. 51. Para o autor, *semel absolutus amplius molestari nequit*; cf., porém, quaestio IV, *semel absolutus, seu condemnatus, quando possit super eadem delicto, de quo inquiritur fuit absolutus molestari et inquiri*, 4, 24, 28, 29: no caso de *sententia ab observatione iudicii ‘iterum inquiri e accusari potest’*; SAVELLI. *Practica universal, e etc.*, 1.707, p. 21 *et seq.*, 217 *et seq.* Cf., todavia, ZASIO. *Commentaria seu Lecturas (Digestum)*, 1550, III, 546, 77. Segundo o autor, *iniquum est super crimine alicuius saepius inquiri, et nomine saepe fatigari*. Instituições similares germinam também na Espanha (cf. DIDACI COVARRUVIAS A LEIVA. *Libros variarum resolutionum*, I, I, 8), na França (cf. IGNEUS, [FEU JEAN]. *Repetitio legis contractus de regulis iuris*, 1.510, § *non alias*, p. 180; REBUFFI. *Tractatum omnium pene sententiarum ac casus in quibus possint, tam interlocutoria quam diffinitiva revocari*, etc., 1.574, 5, p. 118) e Alemanha com o nome de *Istanzenbindung* (cf. SCHMIDT. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege*<sup>3</sup>, 1965, § 167).

<sup>2</sup> Assim, SALVIOLI. *Storia della procedura civile e criminale*. In: DEL GIUDICE (Dir.) *Storia del diritto italiano*, 1927, III, II, p. 542-543, de onde é retirada a referência a CABALLO. *Resolutionum criminalium*, etc., 1672, casus 93, n. 18.

seguidas pela cláusula *salvo semper et reservato quod si praesens sententia erat in plus vel in minus quam requiritur ex forma statutorum redigimus*.<sup>3</sup> Regra que só na aparência garante contra arbítrios de poder e cuja utilização leva, em verdade, quase sempre a uma *reformatio in peius*. Onde houver os pressupostos, o encarregado *ad eruendam veritatem* prepara, assim, um novo julgamento sobre o mesmo fato a cargo do mesmo réu que enquanto isso *demeure toutjours incerti et dubii status*.<sup>4</sup>

A máquina processual termina por se assemelhar a um epulão insaciável, movida pela fobia de deixar impune o hipotético réu. A disposição legal dos instrumentos da repressão criminal reflete, de fato, a *Weltanschauung*, que então domina o continente europeu. No fundo está em jogo a *salus animarum*, finalidade que exige novos julgamentos *de eadem re* no caso em que o precedente não a tenha satisfeito. Por isso o recurso a pronúncias *sub condicione*, sugerido também por razões mais prosaicas: a absolvição *ex capite innocentiae* não permite o exercício do direito de ressarcimento do fisco sobre as despesas processuais, que ao contrário é admitido no caso de decisão dubitativa *pro nunc*.<sup>5</sup> Disposição que trai aquela presunção de culpabilidade da qual germina, de resto, a própria *Verdachtsstrafe* e que permeia um sistema que não está alheio de encarniçar-se contra o já julgado.

<sup>3</sup> BALDO, VII, VIII, IX, X & XI *Codiis Libros Commentaria*, 1.599, l. 5, cod. VII, p. 64.

<sup>4</sup> Muyart de Vouglans (*Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matierés, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royanne; avec un traité particulier des crimes*, 1.757, 362 et seq.) descreve, assim, a condição do ofício a *le plus amplement informé* (instituto que remonta à *Ordonnance criminelle* de 1670), *in reatu* a termo ou a tempo indefinido (cf. POULLAIN DU PARC. *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, XI, p. 116, *apud* ESMEIN. *Historie de la procédure criminelle en France*, 1882, rist. 1969, p. 281).

<sup>5</sup> DE FRANCHIS. *Decisiones nouissimae sacri regii consilii Neapolitani caeteris alias impressis nunc primum additae*, 1.594, p. 275; MARADEI. *Praxis universalis processus executivis*, 1.721, II, II, n. 22-25.

Ao contrário, estão imunes de semelhante *harassment* os réus nos ordenamentos de *common law*: são tutelados pela proibição de *double jeopardy*, cujo surgimento é tradicionalmente atribuído à celebre disputa entre Henrique II e Thomas Becket a respeito da violação do preceito *Nemo bis in idipsum* por parte da *Clause III* da Constituição de *Clarendon* de 1164. Desde o século XIII o sistema inglês entrega à pessoa precedentemente processada um *plea autrefois convict* ou um *plea autrefois acquit*, a ser posto em prática, respectivamente, no caso de precedente condenação ou absolvição. Esse é o caminho escolhido além do Canal da Mancha para inibir um novo julgamento sobre o mesmo objeto.

No mesmo escopo, ainda que de modo diferente, visa ao procedimento penal moderno surgido das cinzas do antigo rito inquisitório. A opção parece consistir em retirar do direito romano o princípio *bis de eadem re non sit actio*, mas é uma opinião só parcialmente correta. Aqui a *consumptio* para *litis contestationem* impede nos *iudicia legitima*, que têm como objeto uma *obligatio*, o exercício de uma nova ação sobre a *res in iudicium deducta* mesmo que ainda não *iudicata*: a consequência disso é a absorção do direito material no vínculo processual definido por Gai 3, 180 *litis contestatione teneri*, sintomático daquela íntima ligação entre direito e processo típica do sistema pretório romano, espertamente assemelhado ao moderno direito penal pelos fautores da teórica do *Materiellen Justizrecht*.<sup>6</sup> Operante nesse caso *ipso iure*, o efeito preclusivo necessita, ao contrário, de uma específica *exceptio rei*

<sup>6</sup> É feita menção à nota teórica elaborada por GOLDSCHMIDT. *Materielles Justizrecht* (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht). In: *Festgabe Hubler*, 1905, p. 850 *et seq.*; GOLDSCHMIDT. *Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht*. In: *Festschrift der Berliner Juristenfakultät für Brunner*, 1914, p. 109 *et seq.*; GOLDSCHMIDT. *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, p. 240 *et seq.*; GOLDSCHMIDT. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1935, p. 26 *et seq.* Sobre a analogia entre o direito pretório romano e o moderno direito penal que pode ser percebida pelo prisma do julgado, cf., também, ALLORIO. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 1935, p. 29.

*iudicatae* nos *iudicia quae imperio continentur* ou nos *iudicia legitima* em que sejam deduzidas *actiones in rem* ou *in factum* não sendo aí possível afirmar uma conversão da relação material no processo.<sup>7</sup> Nos sistemas continentais modernos, o *ne bis in idem*

<sup>7</sup> Betti (*Diritto romano*, 1935, I, 602) fala de preclusão de um poder cujo exercício constitui, ao mesmo tempo, um ônus, figura que parece que deve corretamente ser reconduzida no espectro do poder, “*sub specie* de limite normativo ao exercício de um direito do qual se determinam as modalidades” (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. *Diritto civile*, I<sup>o</sup>, 1987, p. 346; no mesmo sentido: GUARNERI. *Sulla teoria generale del processo penale*, 1939, p. 175; MICHELI. *L'onere della prova*, 1942, p. 102 *et seq.*; GIORGIANNI. *L'obbligazione*, I, 1951, p. 21; IRTI. *Proprietà e impresa*, 1965, 20 *et seq.*; PELLIZZI. *Principi di diritto cartolare*, 1967, p. 104, n. 115). O ônus é, então, objeto da concessão operada por uma *regula juris*, cujo predicado de juridicidade resulta diferente do preceito de avaliação. Contrariamente ao cânone substancial, que consiste em um julgamento sobre uma conduta humana, a norma dinâmica se resolve, de fato, na atribuição ao legitimado da possibilidade de produzir modificações da realidade jurídica por meio de um ato normativo, visto como “termo inicial ou intermédio de um processo de produção jurídica destinado a esgotar-se em uma situação final de dever” (CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956, p. 199. Cf., também, MERKL. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Kelsen*, 1931, p. 280; MERKL. Die lehre von der Rechtskraft. In: *WStwS*, XV, 2, 1923, p. 178 *et seq.*; NAWIASKY. *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 1948, p. 106 *et seq.*; PUGLIATTI. *Gli istituti del diritto civile*, 1943, p. 37; CARNELUTTI. *Teoria generale dei diritti*, 1951, p. 43 *et seq.*; ALLORIO. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziario. In: *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'ordinamento giudiziario ed altri saggi*, 1957, p. 26 *et seq.*). Atribuído, ao contrário, ao comportamento juridicamente obrigatório, o «*prozessuale Verschulden*» perde qualquer distinção da inadimplência de uma obrigação, à qual resulta necessariamente assimilado (KLEIN. *Die schuldhafte Partei handlung*, 1885, 59 *et seq.*; WEIL. *System der Verschuldensbegriffe*, 1905, p. 523 *et seq.*; KELSEN. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 1911, p. 219, 229 *et seq.*, 241; NATOLI. *Il diritto soggettivo*, 1943, p. 23; CANNADA-BARTOLI. *L'inapplicabilità delle atti amministrativi*, 1950, p. 62). Exemplificativo o caso dos assim chamados. “ônus reais”, reconduzidos, como as *obligationes propter rem*, no alveio das prestações devidas pelo titular de um direito real (BIGLIAZZI GERI. *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XI, 3, 1984, p. 7 *et seq.*, 117 *et seq.*).

assume heterogêneas configurações normativas: às vezes impede *ab ovo* a contemporânea instauração de processos homólogos; em outros casos, limita-se a impedir um novo julgamento sobre uma *res* que já foi objeto de uma decisão *transitata in rem iudicatam*.

Realiza-se, assim, a exigência prática de inibir a reiteração de um poder, erroneamente reputada a seguir como imanente a todo ordenamento jurídico expressa pelo adágio *qua de re actum semel est, de ea re postea agi non potest*. Exemplares as elaborações no tema de renovação do negócio jurídico que afirmam a invalidade do ato repetitivo por ter produzido o respectivo efeito jurídico, materialmente entendido. Da idêntica “falácia naturalística”<sup>8</sup> parece afetada a teoria da ineficácia relativa, acusada de submeter a componente real a um indevido *trompe l’oeil*, violando o cânone lógico segundo o qual o efeito jurídico só pode esgotar-se em sua realização.<sup>9</sup> Oferece um testemunho seguro disso a hipótese das decisões constitutivas, o objeto de cuja verificação não parece identificável no mero momento modificativo, fisiologicamente efêmero, não se podendo limitar ao efeito requerido pelo autor o crisma do relativo julgado, não suscetível de impedir a renovação do ato já anulado e a reiteração do julgamento de impugnativa (excluída somente no caso de idêntico *petitum*).<sup>10</sup> Pensemos no

<sup>8</sup> A expressão é de Gentili (La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto. In: *CI*, 2003, 2, p. 685. Cf., também, BIANCA. *Diritto civile*, 3, Il contratto, 2000, p. 286.

<sup>9</sup> PUGLIATTI. Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici autonomi In: *Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Saggi, 1951, p. 655 *et seq.*

<sup>10</sup> Cf., por todos, MENCHINI. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, 1987, p. 191 *et seq.* e n. 124-125. A opinião oposta deve-se a KISCH. *Das wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses*, 1933, p. 42 *et seq.*; CARNELUTTI. Sistema del diritto processuale civile, I: Funzione e composizione del processo, 1936, 148; GRASSO, La pronuncia d’ufficio, I, 1967, 304 *et seq.*, n. 62; CERINO CANOVA. La domanda giudiziale e il suo contenuto. In: ALLORIO (Dir.). *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1, 1980, p. 158 *et seq.*



exemplar paradigmático, ainda *sub iudice*, constituído pela renovação de um ato de licenciamento, sucessiva ao *dictum* judicial, de alguma forma inibida onde a *Rechtstrage* da decisão esteja circunscrita apenas à *Antrag* (entidade essencialmente processual desligada das figuras substanciais), da qual se extrai a *Rechtsfolge* que o autor peça que seja reconhecida pelo juiz.<sup>11</sup>

A constatação consente deduzir a efetiva natureza do efeito jurídico, entidade dinâmica desprovida de qualquer componente material, intimamente ligada ao respectivo caso concreto (do qual, neste modo, é possível apreciar o carácter eminentemente relativo), e conceitualmente distinto da figura subjetiva, cujo exercício, reiterável nos limites legais (subjetivos, temporais, modais, etc.) eventualmente previstos, legitima “a múltipla produção de efeitos de idêntico conteúdo”.<sup>12</sup>

*Si vera sunt exposita*, não parece correto afirmar a subsistência de um *Grundsatz der Einmaligkeit*, do qual deduzir a geral consumação de um poder conseqüente ao seu exercício. Da mesma

<sup>11</sup> Cf. HENCKEL. *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, p. 31. No tema, cf., *ex multis*, LUISO. Rinnovazione dell’atto di licenciamento e limiti cronologici della cosa giudicata. In: *GC*, 1985, I, p. P. 559 *et seq.*; MENCHINI. *I limiti oggettivi*, p. P. 324 *et seq.*, a cujas indicações em língua alemã nos remetemos (n. 62); VERDE. *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie di lavoro*. In: *Studi in memoria di Corrado Vocino*, 1996, p. 679 *et seq.*; CAPONI-PROTO PISANI. *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenciamento*. In: *FI*, 2001, I, p. 3692 *et seq.*; BUONCRISTIANI. *Tecnica procedimentale di formazione del licenciamento e tecnica impugnatoria: reiterazione del licenciamento, sottoposizione a condizione sospensiva e objeto do julgado*. *RIDL*, II, p. 602 *et seq.*, 2003.

<sup>12</sup> TAVORMINA. *Unicità del comportamento, pluralità di doveri ed oggetto del processo*. *RDP*, 60-61, p. 2005 (mas antes, cf. TAVORMINA. *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, 1990, 145 *et seq.* TAVORMINA. *Il processo come esecuzione forzata*, 2003, p. 49). Contra: SAUER. *Grundlagen des Prozessrecht*, 1919, p. 242 *et seq.*, 475; ATTARDI. *Per una critica del concetto di preclusione*. *Jus*, p. 6 *et seq.*, 1959; ATTARDI. *Diritto processuale civile*, 1999, p. 466.

forma, não pode ser evocado o recurso ao instrumento de auto-integração do sistema denominado *analogia iuris*, aqui motivado por instâncias axiológicas mais que por razões teóricas.<sup>13</sup> Recentemente, fazem uso disso as Seções unidas penais segundo as quais o *ne bis in idem* exorbita dos estreitos limites nos quais a *littera legis* do art. 649 do c.p.p. parece circunscrevê-lo: solução imposta, conforme o Supremo Colégio, por exigências de ordem lógica e sistemática das quais germina a categoria da preclusão, cuja utilidade se afirma *per incidens* ao evitar a realização de condutas abusivas por parte do titular da ação.<sup>14</sup> Executar a preclusão, porém, torna inane qualquer avaliação de congruidade substancial do ato, destinada a dissolver-se no álveo da declaratória formal de impossibilidade a proceder por contextual litispendência. Ao contrário, a figura do abuso conserva uma própria relevância em *subiecta materia* caso se proceda a uma desejável *derelictio* das policromáticas preclusões *ultra legem*, que aqui podem ser exploradas somente *en abrégé*. Alude-se, *in primis*, à eficácia atribuída pela Corte Constitucional à medida de arquivamento, homóloga ao julgado *sub conditione* da antiga absolvição instrutória.<sup>15</sup> Não menor relevo assumem os sincréticos fenômenos evocados pelo sintagma julgado cautelar, agora estendido à decisão de apelação *de libertate*, que vincula *rebus sic stantibus* relativamente às questões de fato ou de direito já implícita ou explicitamente deduzidas.<sup>16</sup> Nos

<sup>13</sup> BETTI. *Teoria generale della interpretazione*, 1955, v. II, p. 849.

<sup>14</sup> Cass. S.U., 28 de junho de 2005, Donati. *Cass. pen.*, 2006, p. 28 *et seq.*

<sup>15</sup> Corte Cost., 19 de janeiro de 1995, n. 27. *In: GC*, 1995, p. 257, com nota de CARLI. *Archiviazione e giudicato sub conditione*: rinasce il proscioglimento istruttorio? Cf., também, CAPRIOLI. *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*. *RIDPP*, p. 1.382 *et seq.*, 1995.

<sup>16</sup> Cass. S.U., 31 de março de 2004, DONELLI. *Cp*, 2004, p. 2.476, com nota adesiva na parte *de qua* di SPAGNOLO. *I poteri cognitivi e decisori del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate*: i confini tra *devolutum* e *novum*. Crítico a respeito da decisão MORELLI. *L'ammissibilità di nuovi elementi probatori a carico nell'appello de libertate*. *Dpp*, 2005, 359 *et seq.*

casos concretos nos quais não parece, de resto, que se possa recorrer nem mesmo ao *argumentum a simili*, considerada a ausência de uma identidade de *ratio* (*ubi eadem (congruens) ratio, ibi eadem dispositio*)<sup>17</sup> que pode ser encontrada em outros lugares. A alusão é ao caso do controle principal não definitivo que pode se dizer suportado por uma eficácia preclusiva desligada da irrevogabilidade formal da decisão. O *ne bis in idem* é, de fato, efeito adiáforo aos resultados do julgamento não descendente do julgado formal, mas que pode ser referido à decisão ainda não *transitata in rem iudicatam*, não sendo a *res in iudicium deducta* ulteriormente alterável nos processos de impugnação.<sup>18</sup> *Nihil obstat* a uma antecipação de tal produto do julgado material, que a seguir é removível quando venha “eliminada

<sup>17</sup> BETTI. *Teoria generale della interpretazione*, 1955, v. II, p. 843 *et seq.* No limítrofe setor do direito processual civil, assiste-se a uma tentativa de extensão da preclusão por meio do recurso à *analogia legis*; no caso de acúmulo processual: a regra contida no art. 268, co. 2, parece, todavia, que deve ser referida somente à hipótese de intervenção adesiva dependente ex art. 105, co. 2 c.p.c. Nesse sentido cf., por fim, COMASTRI. Osservazioni in tema di cumulo processuale e sistema delle preclusioni nel processo ordinario di cognizione. *RTDPC*, p. 905 *et seq.*, 2005.

<sup>18</sup> Cf. RUGGERI, S. *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, 2004, p. 269 *et seq.* Entre a doutrina menos recente: ANDRIOLI. Il principio del *ne bis in idem* e la dottrina del processo. *Annali Triestini di Diritto Economia e Politica*, 1941, p. 270 *et seq.*; FOSCHINI. La litispendenza nel processo penale. *RIDPP*, p. 26, 1965; MANZINI. *Trattato di diritto processuale penale italiano*, v. IV, 1983, p. 584. Contra: ALOISI. *Manuale pratico di procedura penale*, 1932, p. 530; LOZZI. *Giudicato (diritto penale)*. Ed. XVIII, p. 917, 1969; BELLAVISTA. *Lezioni di diritto processuale penale*, 4ª ed., 1975, p. 500; LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, 1985, p. 734; VANNINI-COCCIARDI. *Manuale di diritto processuale penale*, 1986<sup>9</sup>, 513 *et seq.*; CORDERO, *Procedura penale*. 9ª ed., 1987, p. 1.061 *et seq.*; DE LUCA. *Giudicato. II. Diritto processuale penale*. In: *Eg*, 1989, v. XV, p. 1. No mesmo sentido, Corte Const., 15 de junho de 1976, n. 6. In: *GC*, 1976, 35 *et seq.* (com nota adesiva em parte de qua de LOZZI, *Legittimità costituzionale del “ne bis in idem”*, *ivi*, 1596 *et seq.*), à qual se deve a rejeição da questão de legitimidade constitucional levantada pelo Trib. Veneza, 2 de abril de 1974, publicada no *GC*, 1974, p. 2.013 *et seq.*

a sentença por ser ato idôneo a concluir o juízo, e portanto a se colocar, mesmo que a este respeito, como *res iudicata*".<sup>19</sup>

A elaboração conduzida permite vislumbrar na filigrana um axioma de indubitável valor para o prosseguimento desta pesquisa: as operações hermenêuticas, ainda que às vezes sejam motivadas por valiosas instâncias de garantia, não podem execrar as razões da sintaxe, em cujo *speculum* cada fenômeno deve inserir-se corretamente. Explorados *ab imis fundamentis* os enunciados *in iure* aparecem, de fato, entidades reciprocamente conectadas, irreduzíveis como as mônadas no sistema leibniziano. As exigências equitativas emergentes na práxis não podem conduzir a uma inoportuna elefantíase do *ne bis in idem*, especialmente onde for possível chegar a efeitos homólogos por meio do recurso a ulteriores instrumentos. Pense-se no alcance efetivo da decisão de reexame sobre a sucessiva história cautelar, cuja única incidência parece acontecer relativamente no exato cumprimento da obrigação de motivação imputado ao juiz procedente.. Fenômeno de alguma forma assimilável à *Sperrwirkung* descendente do julgado material, em nossa opinião estranho à dimensão cautelar. O indubitável encanto do *ne bis in idem* não pode legitimar a subversão de princípios igualmente aferentes ao sistema processual vigente, especialmente se expressão igual a um *Grundwert*, insuscetível de ceder por causa de uma relação de supremacia axiológica.

## 2 REGRAS DE DIREITO PENAL TRANSNACIONAL, CONFLITOS DE JURISDIÇÃO E *NE BIS IN IDEM* INTERNACIONAL

As considerações efetuadas até agora conservam peculiar valência também quando se orienta o foco da lente especulativa

<sup>19</sup> S. RUGGERI. *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, p. 338.

sobre a diversa edição do princípio *sub observatione* citada com o sintagma *ne bis in idem* internacional. Essa fórmula designa a eficácia preclusiva que um *dictum* judicial estatal exercita num diverso ordenamento igualmente provido de jurisdição sobre o acontecimento que é objeto do julgamento. A outorga de tal poder é conferida por uma regra de direito penal internacional ou transnacional, à qual se deve a interseção entre jurisdições. Os limites territoriais da lei penal são livremente determináveis pelo legislador estatal, vinculado somente por algumas “regras proibitivas” de direito internacional: isso afirma, desde 1927, a célebre sentença *Lotus*, compartilhada *in parte de qua* pela prevalente elaboração doutrinal.<sup>20</sup> Os confins da jurisdição tornam-se, desse modo, uma

<sup>20</sup> Cf. PCIJ, 7 de setembro de 1927. “Lotus case”. In: *Publications of the permanent court of international justice*, series C, 13-II, The “Lotus case”, Leyden, 1927. Para a doutrina, cf.: CYBICHOWSKY. Le compétence des tribunaux à raison d’infractions commises hors du territoire. *Recueil des Cours*, t. 12, II, 251 *et seq.*, 1926; BARBEY. *De l’application internationale de la règle “Non bis in idem” en matière répressive*, Lausanne, 1930, p. 73; ALLEGRI. *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, 1943, p. 4; CANSACCHI. Cessione di territorio e giurisdizione penale. *Ap*, II, p. 527 *et seq.* 1949; UBERTAZZI. I limiti territoriali della giurisdizione e la condizione giuridica dei tribunali italiani nelle ex colonie. *Fp*, 1950, v. III, p. 1 *et seq.*; ZICCARDI. Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana. *Ridp*, 1950, p. 462 *et seq.*; MORELLI. Sull’universalità dell’ordinamento dello Stato. *RDP*, p. 9 *et seq.* 1951; GIULIANO. *I diritti e gli obblighi degli Stati*. L’ambito di attività degli Stati, 1956, p. 44 *et seq.*; CITARELLA. Pretesi limiti di diritto internazionale. Sui limiti della giurisdizione dello Stato. *Rdint*, 737 *et seq.* 1967; LUZZATTO. *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, 1972, p. 36; DOMINIONI. La competenza giurisdizionale in materia di dirottamenti aerei. *Rp*, I, p. 515 *et seq.* 1973; FELLER. La résolution des conflits de juridiction en matière pénal. *RevIntdrP*, p. 537, 1974; LE CALVEZ. Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal. *RevScCrimDrPenComp.*, p. 13 *et seq.* 337 *et seq.* 1980; DE VAREILLES-SOMMIÈRES. *La compétence internationale de l’Etat en matière de droit privé: Droit international public et droit international privé*. Paris, 1997, 10 *et seq.*; DOMINIONI. La competenza giurisdizionale in materia di dirottamenti aerei. *RP*, I, p. 515 *et seq.* 1973; TREVES. *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, 1973, p. 247 *et seq.*; REBUT. *Les effets des jugements répressifs*. In: *Les effets des jugements*

variável dependente de opções político-criminais, entre cujas dobras se dissimula, às vezes, a exigência de celebrar o poder punitivo estatal. Explica-se, assim, a permanente valência da estrutura desenhada pela sentença *Lotus*, que não foi arranhada pelas múltiplas tentativas de apostasia realizadas até agora. Entre elas mencionamos, por exemplo, a *Draft Resolution* anexa ao *Final Report* da seção milanese do Institut de Droit International (1993) para a qual *a State's jurisdiction is subject to international law*: o exercício da jurisdição estatal necessita, aqui, de um título de

---

*nationaux dans les autres Etats membres de L'Union Européenne*. Bruxelles, 2001, p. 171 *et seq.*; GAETA. Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali. In: *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, aos cuidados de CASSESE; CHIAVARIO; DE FRANCESCO, 2005, p. 503 *et seq.*; SATGER. *Internationales und Europäische Strafrecht*. Baden-Baden, 2005, p. 32 *et seq.*; AMALFITANO. *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, 2006, p. 1 *et seq.*; DI MARTINO. *La frontiera e il diritto penale*. Natura e contesto delle norme penali transnazionali, 2006, p. 68 *et seq.* Cf., também, Corte cost., 22 dicembre 1961, n. 67. In: *GC*, 1961, p. 1.251 *et seq.*, com nota de BERNARDINI. *L'art. 10 Cost della Costituzione e i poteri dello Stato di bandiera sulle navi in mare libero*, p. 1.253 *et seq.*; CoEDU, 12 de dezembro de 2001 relativa á possibilidade de receber o Recurso 52.207/1999, Bancovik e altri c. Belgio e altri 16 Stati parti contraenti. In: *Recueil des arrêts et de décisions*, 2001-XII, p. 333 *et seq.*, p. 59-61.

<sup>21</sup> Cf. BOS. The extraterritorial jurisdiction of states (preliminary report e final report). *Ybk Inst Int'l L*, 65, 1993, session of Milan, I, 14 (a este respeito, ver o recente TOMUSCHAT. Universal criminal jurisdiction with respect to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes. *Ybk Inst Int'l*, 71, 2005, sessão de Cracóvia, I, p. 213 *et seq.*). Sucessivamente, ver RIGAUX. The extraterritorial Jurisdiction of States. *Ybk Inst Int'l*, 68, 1998, sessão de Berlim, I, p. 372 *et seq.*, apresentado na sessão de Berlim (1999), e o Projeto de resolução (*rapporteur*: Rigaux) em The extraterritorial Jurisdiction of States. *Ybk Inst. Int'l L*, 69, sessão de Vancouver, 2000-2001, p. 87 *et seq.* Solução similar sai de uma noção jurídica da soberania, em cujo *speculum* se percebem traços do cosmopolitismo kantiano. A distinção entre modelo groziano e modelo kantiano deve-se a Wight (*International Theory – The Three traditions*, a cura di WIGHT; PORTER, 1991, p. 137 *et seq.*, e é depois retomada por Bull. (*The Anarchical Society: a study of order in world politics*, 1997, p. 24 *et seq.*)

legitimação razoável derivante da *ordre juridique international*, que cada Estado tem o ônus de provar.<sup>21</sup> Um singular *revirement* da elaboração acolhida até agora destinada a despedaçar-se contra as opostas volições dos Estados *to leave things mostly as they are*<sup>22</sup>.

No estado atual, parece que deve ser considerada prevalente a tese de matriz positivista, embora traços evidentes da diferente solução possam de qualquer forma ser encontrados, por exemplo, no setor relativo à repressão dos crimes *iuris gentium*. Os Estados conservam, assim, margens relevantes na determinação de regras próprias de direito penal transnacional, corretamente entendidas como “condições ou [...] limites para o exercício da jurisdição sobre fatos que são objeto de avaliação em termos de ilicitude por parte das normas incriminadoras pertencentes ao ordenamento nacional”.<sup>23</sup> Disposições similares não parecem ser limites de direito material ao poder punitivo estatal, considerado objeto do controle judicial postulado pelo processo de subjetivação do preceito penal.<sup>24</sup> A noção de poder punitivo, à qual se deve o indubitável mérito de assinalar o abandono das sincréticas figuras de cunho pandectístico envolvidas na assim chamada “relação jurídico/ penal” (antropomorficamente entendida como uma relação entre Estado e súdito), de fato não traz uma contribuição decisiva à definição do objeto do julgamento, meio necessário no

<sup>22</sup> BOS. The extraterritorial jurisdiction of states (preliminary report e final report). *Ybk Inst Int'l L*, p. 39.

<sup>23</sup> DI MARTINO. *La frontiera e il diritto penale*. Natura e contesto delle norme penali transnazionali, p. 272, que na nota. 106 remete-se á posição de BAUMANN;WEBER;MITSCH. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2003, § 7, Rn. 31.

<sup>24</sup> VASSALLI. *La potestà punitiva*, 1942, p. 101 *et seq.*; Potestà punitiva. In: *ED*, XXXIV, 1985, 793; Cf., também, GRISPIGNI. *Diritto penale italiano*, I, 1947, p. 275 *et seq.*; *Diritto processuale penale*, p. 126 *et seq.*; PETROCELLI. Norma penale e situazioni soggettive. *RD Penit.*, 839 *et seq.* 1941; *Principi del diritto penale*, I, 1955, p. 166 *et seq.*; MORO. *La subiezione della norma penale*, 1942, *passim*.



ciclo de qualificação normativa. No setor penal, “o ilícito da negação do direito, como aparece de um ponto de vista político-jurídico, torna-se uma condição específica do direito e, somente assim, um objeto possível do conhecimento jurídico”.<sup>25</sup> O poder punitivo “pode, assim, ser referido ao juiz, bem como ao Estado em seu conjunto”, diferentemente do “dever público funcional” de exercê-lo, imputável somente ao órgão judiciário, ao qual se dirige “o comando contido na norma/ sanção”.<sup>26</sup>

Parece evidente, então, que “o poder de punir [...] preexist[a] à realização de cada único episódio de ilícito penal e ao controle que relativamente a este último for instaurado”, encontrando o seu caso concreto constitutivo “na pura e simples posição constitucional do órgão investido de jurisdição penal, pela qual os efeitos típicos da decisão que aplica a sanção se produzem somente se se verifica o requisito da legitimação do órgão e se tiver sido realizado o ato em correspondência a um certo esquema normativo”.<sup>27</sup> Desse modo, revela-se a divergência de avaliações

<sup>25</sup> Kelsen. *Lineamenti di dottrina pura del diritto* Trad. it. de Treves, 1952, ed. 2000, p. 67. Cf., também, do autor, *Allgemeine Staatslehre*. In: *ENZYCLOPÄDIE der Rechts-und Staatswissenschaften*, 23 Bd., 1925, p. 79, no qual se encontra uma interessante analogia teológica referida a uma conhecida teoria ortodoxa: *Die Theologie läßt Gott Böse zwar nicht unmittelbar, aber schließlich doch mittelbar wollen, nämlich als Bedingung der läuternden, an sich guten, weil die Gerechtigkeit realisierenden Strafe. So erscheint auch der vertieften Rechtstheorie das Unrecht nur als ein in der Rechtsordnung als Bedingung für der staatlichen Zwangsakt gesetzter Tatbestand, somit doch schließlich als ein Inhalt der Rechtsnorm, des rechtlichen Sollens, das den Willen des Staates darstellt, als ein Inhalt neben anderen als Bedingungen des Zwangsaktes gesetzten Tatbeständen*. Contra: HÄGERSTRÖM. Kelsen's theory of law and State. A review of Kelsen's *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: *Inquires into the nature of law and moral*, 1951, p. 270 et seq.

<sup>26</sup> VASSALLI. *La potestà punitiva*, p. 269 (o qual na nota 4 afirma: “Não seria errado dizer que o poder de punir é do Estado e, por ele, do juiz, enquanto o dever de punir é somente do juiz”, p. 387).

<sup>27</sup> CORDERO. *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, 1957, p. 18-19.



intercorrente entre procedimento judicial e decisão final a ele ligada daquele de *die thematische Bindung des Gerichts*.<sup>28</sup> O procedimento judicial é composto por uma série de atos, cuja efetividade “mediata” se resolve na imputação normativa de uma situação subjetiva que pode ser reconduzida à figura elementar do dever, teleologicamente dirigida àquele autêntico *Prozeßziel* constituído pelo julgado material. Isso descende, porém, somente do fato concreto do ato final de conteúdo decisório relativamente ao qual a “lei de inteireza” postula uma relação de indivisibilidade.<sup>29</sup> O surgimento do julgado decompõe formalmente a seqüência, como se o *Urteilsfinder* tivesse jogado fora a escada depois de ter subido por ela.<sup>30</sup> Então, não se torna peregrina a hipótese de uma

<sup>28</sup> EB. SCHMIDT. *LehrKommentar zur Strafprozessordnung und zum gerichtsverfassungsgesetz*, I; *Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrecht*, 1952, p. 148. Sobre a divergência de avaliações legais entre procedimento e decisão, cf. CORDERO. *Riflessioni in tema di nullità assoluta*. *RIDPP*, 1958, p. 254-255: “Um obscurece o instrumento voltado a constituir, por meio de um complexo jogo de situações subjetivas, o dever jurisdicional; a outra se identifica com um ato normativo que, mesmo realizado segundo modalidades que configuram uma conduta juridicamente indevida, consegue seus efeitos”. Sobre a elegante disputa aferente aos diversos critérios que presidem às respectivas avaliações, ver: BELING. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 177 *et seq.*; GOLDSCHMIDT. *Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*. In: *Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess*, XX, 3, 1910; *Der prozess*, cit., 289 *et seq.*; STEIN. *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, 1913, p. 18; SAX. *Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozessrechtslehre*. In: *ZPP*, 1954, p. 23.

<sup>29</sup> CARNELUTTI. *Sistema del diritto processuale civile*, II: *Atti del processo*, 1938, p. 92 *et seq.*; FALZEA. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, 1941, p. 189 *et seq.*; ALLORIO. *Diritto processuale tributario*, 1969, p. 534 *et seq.*

<sup>30</sup> A sugestiva imagem de Cordero (*Riti e sapienza del diritto*, 1981, p. 452) refere-se a Wittgenstein (*Tractatus logicus-philosophicus*, 1918, prop. 6.54). Eventuais defeitos de algum dos componentes não arranham o ato decisório que supera o limiar do julgado formal, resultando, portanto, entidades juridicamente irrelevantes. Supérfluo, além de sintaticamente pouco correto, falar de sanatória. Cf. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*. *RIDP*, 1961,

providência definitiva da controvérsia mesmo que não obrigatória, não podendo ser afirmado, como foi sublinhado antes, um princípio de *Einmäßigkeit*.<sup>31</sup> Constatação que resolve o controverso tema da sentença injusta, objeto de uma elegante disputa, já não mais atual, entre fautores da concepção materiall e processual da *res iudicata* civil. A possível divergência de avaliações da mesma pronúncia judicial, operada conforme normas estruturalmente diferentes<sup>32</sup> priva de relevo a atribuição de uma eficácia constitutiva ao *dictum* judicial,<sup>33</sup> considerando também a insubsistência de uma situação subjetiva antecedente à decisão, preceito exclusivo relativamente à punibilidade de um fato hipoteticamente enunciado

684. Contra: CALAMANDREI. La Cassazione civile, I, Storia e legislazione. In: *Opere giuridiche*, VI, 1965, p. 183 et seq.; CONSO, *Il concetto e la specie d'invalidità*. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali, 1955, p. 95 et seq.; *Questioni nuove di procedura penale*, I, 1959, p. 128; DENTI. Nullità degli atti processuali civili. In: *NNDI*, 1968, p. 469; BESSO. *La sentenza civile inesistente*, 1997, p. 23.

<sup>31</sup> SAUER. *Grundlagen des Prozessrecht*, p. 578 et seq.; BELING. *Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*, 1913, p. 7 et seq., 22 et seq. Ver a penetrante proposição de GOLDSCHMIDT. *Der prozess*, p. 291-292, e n. 1.508 [para a crítica em relação à concepção de Hellwig (*System*, I, § 145, II) para o qual *Vielmehr ist die 'Rechtmäßigkeit' ein prozessuale Betrachtungsweise ebenso fremdes Werturteil wie die 'Rechtswidrigkeit'*].

<sup>32</sup> CONSO. *Il concetto e le specie di invalidità*, 1961, p. 61. O relevo permite colher a gravidade da imprecisão contida no art. 11<sup>5</sup> do *Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, segundo a qual “não responde por omisso impedimento quem não possui os poderes jurídicos para impedir o evento que constitui o reato comissivo”. Sobre esse ponto, cf., PAGLIARO. Il reato nel progetto della commissione Nordio. *Cp*, p. 5, 2005.

<sup>33</sup> Cf. BARTHOLDY, Mendelssohn. *Grenzen der Rechtskraft*, 1900, p. 303; PAGENSTECHER. *Zur lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905, p. 34, 72, 94, 302; JELLINEK (Walter). *Der ferlehafte Staatsakt und seine Wirkungen*, 1908, p. 182 et seq.; NEUNER. Die Dogmatische Bedeutung der materiellrechtlichen und prozessualen Rechtskrafttheorie. *ZZP*, 54, p. 217, 1929; ALLORIO. *Diritto processuale tributario*, p. 27 et seq.; VELLANI. *Appunti sulla natura di cosa giudicata*, 1958, p. 89 et seq., 104 et seq.

pela imputação.<sup>34</sup> O quesito relativo à validade como *echte Justizakt*<sup>35</sup> de uma sentença da qual se afirma a não-conformidade ao preceito resulta admissível somente na hipótese de uma gênese de uma entidade intermediária entre direito e processo derivante do processo de subjetivação da norma. É o caso da figura civilística denominada *Anspruch*, “inútil duplicata daquele poder de comando que surgiria em favor do sujeito sobre a sociedade em consequência da síntese norma/ sujeito em que seria encerrada toda a essência do direito subjetivo”.<sup>36</sup> Parece exato concluir que a hipótese da decisão injusta seja fenômeno estranho à dinâmica das situações jurídicas subjetivas (marcadas pela imputação hipotética de uma conduta sobre o sujeito destinatário do preceito), mas, ao contrário, postule a subsistência de uma avaliação efetuada nas vestes do julgamento de mérito, destinada a assumir efetiva relevância somente na presença de um específico expediente normativo preparado para este fim.

*O excursus* efetuado consente compreender como os limites territoriais do caso penal não concernem à “natureza” do poder punitivo, mas ao seu exercício por parte do órgão jurisdicional ao qual este dever é conferido. As regras de aplicação transnacional delimitam a jurisdição estatal, constituindo uma condição de

<sup>34</sup> Cf. PAGENSTECHE. Die praktische Bedeutung des Streits über das Wesen der Rechtsraft. *ZZP*, 37, p. 34, 1912.

<sup>35</sup> O termo é mutuado por MERKL. *Prolegomena*, p. 292.

<sup>36</sup> NATOLI. *Il diritto soggettivo*, 1943, p. 60. Torna-se, então, “não necessário circundar o direito subjetivo com um halo de proteção (exigência), que funcione como ponte de passagem entre o direito e a eventual atuação da tutela predisposta pela ordenação jurídica, para o caso que o equilíbrio estabelecido pela norma seja perturbado por uma atividade contrastante com o princípio de necessidade e regularidade que dela emana”. NATOLI. *Il diritto soggettivo*, 1943, p. 60. Cf., também, FAZZALARI. *Note in tema di diritto e processo*, 1957, p. 9 *et seq.* e 60 *et seq.*; PISANI, Proto. *La trascrizione delle domande giudiziali*, 1968, p. 50 *et seq.*; FERRI. *Profili dell'accertamento costitutivo*, 1970, p. 76.

procedibilidade de curso ulterior, cuja eventual ausência comporta a obrigação do juiz de emitir uma absolvição *ab observantia iudicii*. Ao contrário, caso o defeito de competência jurisdicional não seja verificado antes de alcançar o limiar do julgado formal, a relativa decisão conserva de qualquer forma a própria validade formal, gerando o conjunto de componentes efetivos a ela referidos. Dentre estes, um efeito preclusivo mais amplo em relação àquele descendente de uma decisão de conteúdo essencialmente processual que se reduz ao controle negativo de um *Prozesshinderniss*, cuja falta implica proibição de proceder ou invalida *ab origine* a seqüela processual hipoteticamente instaurada.

A abstrata capacidade preclusiva de tais decisões não consente afirmar sempre sua efetiva realização. O *ne bis in idem* postula a existência de uma *regula iuris* que celebre sua vigência. Percebíamos isso nas notas introdutórias da presente pesquisa, expondo nossas objeções às, por vezes, desenvoltas operações hermenêuticas conduzidas *in subiecta materia*. É preciso haver uma fonte jurídica que habilite o ato para que surta tal efeito. Essa vida poderia provir de uma disposição interna: é o caso do art. 68 c.p. holandês contendo uma previsão geral do princípio do *ne bis in idem* processual, relativa também aos julgados estrangeiros<sup>37</sup>. Trata-se, todavia, de um *unicum* no panorama normativo europeu ainda marcado por uma colheita de soluções heterogêneas.<sup>38</sup> Em alguns ordenamentos, a presença de um ato com conteúdo decisório emitido por autoridade jurisdicional estrangeira legítima

<sup>37</sup> BAUW. “Non bis in idem”. In: SWART-KLIP. *IntCrimLawNether*, 1997, p. 75 *et seq.*; KLIP-VAN DER WILT. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle *ne bis in idem*. National Report: The Netherlands. *IntRevPenLaw*, p. 1.091 *et seq.*, 2002.

<sup>38</sup> Cf. The “non bis in idem” principle in criminal law in the EEC. Report of Legal Affairs Comm. 20/2/1984 (doc. 1-1397/83). In: *HR*, 1984, p. 391 *et seq.*

somente a faculdade do órgão titular da ação penal em não colocá-lo em exercício: a alusão é ao expediente adotado, igualmente, no § 153, *b*, da *Strafprozessordnung* alemã, e no § 34 do *Strafgesetz* austríaco.<sup>39</sup> Ao contrário, parcial eficácia preclusiva é reconhecida ao julgado estrangeiro por parte do art. 10, § 3º do código penal dinamarquês que inibe o exercício da ação no caso de absolvição do réu por parte do Estado do *locus commissi delicti*. De análogo teor o art. 692 do *code de procédure pénale* francês que no caso de delito cometido no exterior por parte do cidadão prevê que *aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger*. Só parcialmente diferente a regra contida no art. 11, § 2 c.p. italiano e no cap. 1, § 3º *f*. 1 do código penal sueco que no caso de exercício da jurisdição fundada em critérios de extraterritorialidade admitem um novo julgamento somente após o pedido da autoridade política.

O retrato oferecido, ainda que sumário, permite formular de qualquer maneira um diagnóstico de alguma exatidão: o *ne bis in idem* internacional é princípio ao qual as leis nacionais oferecem limitado e heterogêneo reconhecimento. Várias as razões. Os tradicionais *refrains* constituídos pelo princípio de soberania territorial ou pela independência territorial dos ordenamentos (assinalada no âmbito processual pelo diverso deuteragonista, *a lato creditoris*, daquela que com nomenclatura já *dépassée* se

<sup>39</sup> Sobre o menos conhecido § 34 da *Strafprozessordnung* austríaca ver: EPP. Der Grundsatz “e bis in idem” im internationalen Rechtsbereich. *ÖJZ*, p. 36 *et seq.* 1979; EBENSPERGER. Strafrechtliches *ne bis in idem* in Österreich unter besonderer Berücksichtigung internationalen Übereinkommen. *ÖJZ*, p. 171 *et seq.* 1999; NEHM. Zur rechtweite des *ne bis in idem*: Prinzip in § 54 SDÜ und den Möglichkeiten seiner Fortentwicklung im Rahmen der Europäischen Union. *Steininger-FS*, 369 *et seq.* 2003; STEIN. Ein Meilenstein für das europäischen *ne bis in idem*. *NJW*, 1.162 *et seq.* 2003.

define relação jurídica processual<sup>40</sup> oferecem vestes formais ao sentimento de desconfiança entre Estados, ditado às vezes por autarquia político/ jurídica. Comportamento suportado, em alguns casos, por motivações às quais não faltam fundamentos. É o caso, por exemplo, daquelas notáveis diferenças da normativa material, expressão da permanência de valores heterogêneos que encontram na sociedade globalizada o demiurgo de um endêmico conflito.

Não se chega a conclusões diferentes quando se dirige a lente da pesquisa sobre o direito internacional geral, onde ainda não se pode dizer existente uma norma consuetudinária que sancione a aplicação do *ne bis in idem* entre jurisdições estatais concorrentes. Esta disposição também não pode ser encontrada entre aqueles que o art. 38 do Estatuto da Corte internacional de justiça define os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civis, visto o defeito de *diuturnitas*, aqui consistente na falta ou no parcial reconhecimento do *ne bis in idem* internacional nas leis internas.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Cf. nesse sentido, TRAVERS. Les effects internationaux des jugements répressifs. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Penal International de La Haye*, III, p. 460, 1924; FIORE. *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, II, 1877, p. 95. Sobre os motivos tradicionalmente aduzidos pelos detratores do *ne bis in idem* internacional cf. GALANTINI. *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, 1984, p. 4 et seq.

<sup>41</sup> A inexistência de uma norma de direito internacional que sancione o *ne bis in idem* internacional é afirmada, embora com várias motivações, por: FIORE. *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, II, p. 115; DELOUME. *Principes généraux du droit international en matière criminelle*, 1882, p. 115; PEIRON. *De l'effect des jugements étrangers rendus en matière pénale*, 1885, p. 24; GIDEL. *De l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs*, 1905, p. 57; TRAVERS. Les effects internationaux des jugements répressifs. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Penal International de La Haye*, 1924; CYBICHOWSKY. *Le compétence des tribunaux*, p. 286; BARBEY. *De l'application*, p. 131; VENTURINI. Il riconoscimento delle sentenze penali straniere. *RIDP*, p. 1191940; FITZMAURICE. La portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères. *AIDI*, 43, II, p. 278, 1950; LUTHER. Profili internazionalistici in due recenti sentenze della corte costituzionale italiana. A propósito del *ne bis in idem* nel diritto penale internazionale. *RIDIPP*, p. 397 et seq., 1968; PALAIA. *L'efficacia preclusiva delle sentenze penali*

As argumentações (às vezes suportadas por improváveis demonstrações) aduzidas pelos fautores da diversa orientação parecem trair instâncias de garantia destinadas, porém, a não

*straniere*, *ivi*, 1969, p. 727; DANAN. *La règle non bis in idem en droit pénal français*, 1971, p. 228; OEHLER. Recognition of foreign penal judgements and their enforcement. In: BASSIOUNI, Nanda. *A treatise on international criminal law*, 1973, II, p. 269; TREVES. *La giurisdizione*, p. 249; GALANTINI. *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, p. 263 *et seq.*; FARINELLI. Sull'applicazione del principio *ne bis in idem* tra gli Stati membri della comunità europea. *RDInt*, p. 878 *et seq.*, 1991; DEAN. Profili di un'indagine sul *ne bis in idem* estradizionale. *Rdp*, p. 56, 1998; PISANI. Criminalità organizzata e cooperazione internazionale. *RIDPP*, 710, 1998; BARATTA. *Ne bis in idem*, diritto internazionale e valori costituzionali. In: *Divenire sociale e adeguamento del diritto*. Studi in onore di F. Capotorti, 1999, p. 27 (para o qual é, de qualquer forma “verificável *in embrione* um princípio favorável a levar em conta o valor jurídico subjacente à regra do *ne bis in idem*”; VERHOEVEN. Vers un ordre répressif universel? Quelque observations. *AnnFrDirInt*, p. 70, 1999; VAN DER WINGAERT. Les transformation du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée. *RevIDrPen*, 1999, p. 35 *et seq.*; CARACCILOLO. *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*, 2000, p. 108; LOPEZ. Not twice for the same: how the dual sovereignty doctrine is used to circumvent *non bis idem*. *VardJourTransLaw*, II, p. 1.263 *et seq.* 2000; SEGUIN. The case for transferring territorial jurisdiction in the european union. *CrimLForum*, p. 2562001; STESENS. *Money Laundering. A new international law enforcement model*, 2001, p. 225; CHILDSTEIN. *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessorie*, 2003, p. 254 *et seq.*; VERVAELE. Case law. *CommMarRev*, p. 804, 2004; REBUT. Article II-110 In: BURGORGUE-LARSEN; LEVADE; PICOD. *Traité établissant une Constitution pour l'europe*. Partie II: Le Charte des droits fondamentaux de l'Union, 2005, p. 631; VERVAELE. The transnational *ne bis in idem* principle in EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights. *UtrLawRev.*, I, 2, p. 102, 2005; AMALFITANO. *Conflitti*, p. 32 *et seq.* Contra: HELIË, *Traité de l'instruction criminelle*<sup>3</sup>, II, p. 651 *et seq.*, 1867; ORTOLAN. *Eléments du droit pénal*, 1885, p. 294 *et seq.*; DONNEDIEU DE VABRES. *Les principes modernes du droit pénal international*, 1928, p. 303 *et seq.*; *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 1947, n. 1.533; ROUX. L'entr'aide des Etat dans la lutte contre la criminalité. *Recueil des Cours*, 36, II, p. 153, 1931; ELSTRODT. *Das Anrechnung ind Erledigungsprinzip ne bis in idem in internationalen Strafrecht der Schweiz*, 1932, *passim*; BOUZAT. *Les effets internationaux des jugements répressifs*. In: *Cours des hautes etudes internationales*, 1968-1969, p. 7; GIOVENE. Giudicato. *DDP*, V, 436, 1991; ESPOSITO. Gli effetti internazionali della garanzia del *ne bis in idem* nell'ambito comunitario. *DocG*, 4-5, p. 475, 1992.



encontrar lugar no atual modelo “groziano” das relações internacionais (fundado sobre regras “que pretendem assegurar a coexistência e a cooperação entre Estados soberanos, cada um dos quais age para a realização dos próprios interesses”),<sup>42</sup> em que podem corretamente ser percebidas, de resto, as matrizes teóricas da própria sentença *Lotus*.

Trata-se de uma posição adotada, de resto, pela própria jurisprudência, resoluto ao afirmar, ainda que com alguma falácia argumentativa, o defeito da regra acima no direito internacional público: é o caso da decisão n. 48/1967 da Corte constitucional,<sup>43</sup> que por essa razão reputa o art. 11, § 1º, c.p. não contrastante com o art. 10 Const. Motivação evocada em parte *de qua* pela sucessiva sentença 69/1976, num caso em que o *dubium de legitimitate* verte, ao contrário, sobre o art. 11, § 2º, que o juiz *a quo* afirma violar os arts. 2º, 10 § 1º, e 24, § 2º Const.<sup>44</sup> Diferente a opinião do órgão de legitimidade constitucional para o qual a preclusão derivante do julgado estrangeiro não parece nem mesmo alcançar a categoria de direito fundamental do indivíduo, exposto, portanto, ao risco de um novo processo. As razões dessa negação são encontradas pela Consulta na falta de reconhecimento da eficácia preclusiva das sentenças estrangeiras por parte das convenções internacionais. Segundo a Corte, tal princípio não se encontra no disposto do art. 14, § 7º PIDCP, limitado às relações entre decisões judiciais emitidas por um único Estado.<sup>45</sup> Solução que não foi imposta pelo

<sup>42</sup> Così CASSESE. *Diritto internazionale*, a cura di GAETA, 2003, p. 32.

<sup>43</sup> CORTE COST., 18 de abril de 1967, n. 48. GC, p. 299, 1967, com observação de CHIAVARIO. *La compatibilità del bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il "diritto internazionale generalmente riconosciuto"*.

<sup>44</sup> CORTE COST., 8 de abril de 1976, n. 69. GC, p. 432 *et seq.*, 1976.

<sup>45</sup> Essa interpretação do art. 14, § 7, PIDCP, é acolhida também pela United Nations Organization – Human Rights Committee, *A.P. vs. Italy*, Communication n. 204/1986 (2 de novembro de 1987), UN Doc. CCPR/C/31/D/204/1986, § 7.3; contra:



teor literal da fórmula, que não pretende prender o *ne bis in idem* apenas à medida interna, ao contrário do que foi feito pelo art. 4º do 7º Protocolo adicional à CEDU (1990). Também não parece possível compartilhar a firme ação declaratória de insubsistência da violação do direito de defesa, destinado, em algumas hipóteses de reiteração do julgamento por parte de uma diferente ordenação, a se dissolver em mero simulacro formal. Totalmente improcedente, por fim, a referência à disciplina relativa à relação entre *ne bis in idem* e participação formal em delitos, não podendo o direito de defesa dizer-se anulado pela fisiológica limitação objetiva do julgado, circunscrito apenas ao fato objeto do processo.

Passam pouco mais de vinte anos quando a Corte Constitucional volta vantajosamente ao assunto<sup>46</sup>: embora a regra do *ne bis in idem* pareça longe de constituir uma norma de direito internacional geral, não se pode negar, segundo a Corte, que ela já tenha se tornado “princípio tendencial ao qual se inspira hoje o ordenamento internacional, que responde, de resto, a evidentes razões de garantia da pessoa diante dos concorrentes poderes punitivos dos Estados”. O enunciado contém dois predicados de absoluta exatidão. Que o princípio do *ne bis in idem* constitui uma garantia fundamental do indivíduo é afirmação repetida há tempo pela doutrina mais prudente. Litígios que podem ser julgados indefinidamente privam

---

CHIAVARIO Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici. *RIDPP*, p. 496, 1978; *Processo e garanzie della persona*, II: Le garanzie fondamentali, 1984, p. 250 *et seq.*; GALANTINI. *Il principio del ne bis in idem*, p. 199; EAD. *Ne bis in idem e double jeopardy come diritto della persona. Giust. e Cost.*, p. 88, 1982. Sobre o art. 4º do 7º Protocolo adicional à CEDU ver, para todos, SPANGHER. *Sub art. 4º Prot. 7º. In: BARTOLE; CONFORTI; RAIMONDI. Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, p. 957 *et seq.* O limite operativo da disposição citada é evidenciado também pelo Conseil de l'Europe. *Rapport explicatif relatif au Protocole n. 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 1985, p. 13.

<sup>46</sup> CORTE COST., 3 de março de 1997, n. 58. *GC*, p. 597 *et seq.*, 1997.

o indivíduo da *Rechtssicherheit*, tornando inane toda atribuição (merecedora de tutela) gerada por uma pronúncia *transitata in rem iudicatam*. O moderno procedimento penal desenterra, assim, estilemas erroneamente referidos somente à época inquisitória. Apenas meio século atrás, Canelutti usava motivos teologal/ positivísticos para formar uma similitude entre pena do réu e terapia do enfermo, para abjurar o valor do julgado no processo penal.<sup>47</sup> O mudado paradigma cultural do processo penal impõe não consentir que às pretensões estatais inspiradas somente por razões de autarquia punitiva seja sacrificada aquela função liberal que os ordenamentos internos corretamente atribuem ao julgado penal.

Tal exigência encontra parcial reconhecimento no complexo reticulado de interações que caracterizam o sistema das relações entre as jurisdições estatais e aquelas dos Tribunais internacionais instituídos para a repressão dos *crimina iuris gentium*. Nesse peculiar setor do direito internacional vê-se, de fato, a progressiva consolidação da assim chamada concepção jurídica da soberania segundo a qual compete ao direito internacional a atribuição dos âmbitos de competência das jurisdições estatais.<sup>48</sup> Trata-se de uma teoria de clara matriz kantiana, retomada, *ex plurimis*, tanto pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no caso *Göring*, quanto pela Corte distrital de Jerusalém no caso *Eichmann*.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> CARNELUTTI. Contro il giudicato penale *RDP*, p. 294, 1951. Contra: ALLORIO. Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato. In: *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, 1957, p. 68 *et seq.*

<sup>48</sup> Così SCHELLE. *Précis du droit des gentes* – Principes et systématique, I, 1932, p. 94 *et seq.* Sobre essa concepção, ver KOSKENNIEMI. *The politics of international law. European Journal of International Law*, I, 4 *et seq.*, 1990. Ver também, *retro*, n. 21.

<sup>49</sup> A pronúncia do Tribunal de Nuremberg se encontra em *Trial of the major war criminals before the International military Tribunals*, 1947, I, p. 223. A sentença relativa ao caso Eichmann está disponível em: <http://www.nizkor.org>.

Vestígios dessa concepção aparecem, assim, tanto nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* para a *ex* Iugoslávia e para Ruanda quanto no Estatuto da Corte penal internacional que, de modo quase consequencial, realizam, ainda que com expedientes heterogêneos, uma significativa valorização do princípio do *ne bis in idem*. A eficácia preclusiva da decisão emitida por um dos dois Tribunais *ad hoc* estende seus efeitos nos ordenamentos internos, inibindo uma nova ação sobre *res in iudicium deducta*. Valor não idêntico parece assumir a eventual decisão estatal, incapaz de manifestar o efeito do *ne bis in idem* nos casos em que o fato seja qualificado como delito comum ou o procedimento seja acometido de parcialidade ou negligência ou seja instrumental para evitar a jurisdição do Tribunal.

Diferente o sistema elaborado pelo Estatuto da Corte penal internacional, marcado pelo princípio de complementaridade das jurisdições. *In primis*, observamos (diante das considerações precedentemente realizadas sobre a relação entre poder e dever punitivo) como a eventual sentença de condenação da Corte, emitida no exercício do próprio poder subsidiário, impede a ação judiciária dos Estados, inibindo qualquer *bis in idem*. A decisão de absolvição motivada pela falta de realização do ilícito internacional por defeito daquele elemento especial que incide sobre a dimensão objetiva do delito postula uma implícita declaração de defeito de jurisdição para o eventual delito comum integrado pelo fato objeto do processo. É possível, então, o exercício da ação penal por parte de cada Estado, consentida pelo diferente alcance efetivo assumido pela sentença. Quando, ao contrário, a decisão estatal chega à decisão da Corte, esta conserva o poder de julgar *de eadem re* somente nas hipóteses em que o procedimento nacional mirasse a subtrair o indivíduo da responsabilidade penal para os crimes contemplados no Estatuto ou fosse conduzido de forma não

independente e imparcial, mas de forma incompatível com o escopo de perseguir o autor do ilícito.<sup>50</sup>

### 3 EXIGÊNCIAS DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E *NE BIS IN IDEM* NO CENÁRIO EUROPEU

O cenário descrito até agora suscita a exata impressão que, pelo menos relativamente ao princípio do *ne bis in idem*, a soberania estatal conserva a tradicional imagem que assumiu desde os Tratados de Vestefália. O efeito preclusivo da decisão judicial fica circunscrito entre os limites da jurisdição a que o órgão emissor concerne.<sup>51</sup> Somente em raros casos diferentes

<sup>50</sup> No art. 20, § 3, letra b) do Estatuto da CPI parece ressoar o eco do antigo aforismo do BECCARIA. *Dei delitti e delle pene*, 1764, p. XXI, para o qual “a persuasão de não encontrar um palmo de terra que perdoe os vários delitos, seria um meio efficientíssimo para preveni-los”. Sobre o princípio do *ne bis in idem* nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* e da Corte penal internacional, ver: TALLGREN. Artiche 20. In: TRIFFTERER (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, p. 419 *et seq.*; BARATTA. *Ne bis in idem*, diritto internazionale e valori costituzionali. In: *Divenire sociale e adeguamento del diritto*. Studi in onore di F. Capotorti, 1999, p. 27, 14 *et seq.*; VAN DER WYNGAERT-ONGENA. *Ne bis in idem* principle, includine the issue of amnesty. In: CASSESE-GAETA-JONES. *The Rome statute of the International Criminal Court*, 2002, p. 705 *et seq.*; CAMPANELLA. Il *ne bis in idem* nella giustizia penale internazionale: riflessioni su un principio *in itinere*. In: *Problemi attuali*, p. 258 *et seq.*

<sup>51</sup> A ordem descrita assemelha-se ao sistema das *quaestiones perpetuae* do direito romano do fim do período republicano, fundado, como se sabe, não sobre a determinação dos diversos fatos substanciais mas sobre o diverso âmbito de competência jurisdicional das diversas cortes. A regra *de eadem re ne bis agatur*, da qual se encontram traços, por exemplo, na l. 56 das *Tabulae Bembinae* (*[Quei ex h.l. condemnatus] aut apsolutus erit, quom eo [h.] l., nisei quod post ea fecerit, aut nisei quod praevaricationis caussa factum erit, au [t nisei de litibus] aestimandis aut nisei de sancitone houisce legis, actio nei es [to...]*) obsta à instauração de ulteriores processos sobre o mesmo fato, mas somente

autoridades jurisdicionais parecem inclinadas a reconhecer a eficácia do *dictum* judicial alheio.

O diagnóstico conhece significativos desmentidos quando se procede a uma acurada exploração daquele espaço europeu de segurança, liberdade e justiça em que o princípio do *ne bis in idem* parece assumir, ao contrário, peculiar valência. Para a edificação de uma diversa ordem legal concorrem variadas *rationes*. A perspectiva de uma *civitas maxima* encontra terreno muito mais fértil na região européia: motivos geopolíticos (por trás dos quais se dissimula às vezes a mão invisível da economia) tornam mais fácil a obra de ligação de ordenamentos jurídicos, cujas raízes afundam na tradição romanística compartilhada. Surge, a seguir, a exigência de redigir um catálogo de direitos fundamentais comparável, *mutatis mutandis*, aos *Doppelfunktionelle Handlungen* de Niese.

Os direitos fundamentais desempenham, de fato, uma dúplice função. Por um lado, querem realizar aquela vocação cosmopolita que, por meio do seu reconhecimento, conduza àquele *Weltbürgerrecht* já

---

diante da mesma *quaestio*. Ao contrário, onde o mesmo segmento do real investe a jurisdição de uma outra *quaestio*, a proibição não é aplicada. É confirmado por Cic., *Verr.*, II, 3, 36, p. 83: *Utrum imprudentis a sociis abstulit an turpius meretrici dedita an improbius populo Romano ademit an audacius tabulas publicas commutavit? Ex horum severitate te ulla vis eripiet aut ulla largitio? Non eripiet. Sed si eripuerit, non intellegis haec quae iam dudum loquor ad aliam quaestionem atque ad peculatus iudicium pertinere?* Sobre a doutrina cf.: GEIB. *Geschichte des römischen Kriminalprocess bis zum Tode Justinians*, 1842, p. 177 *et seq.*; LABOULEYE. *Essai sur les lois criminelles des romains concernant la responsabilité des magistrats*, 1845, p. 188; GREENIDGE. *The legal procedure of Cicero's time*, 1901, p. 418 *et seq.*; BAUMAN. *The crimen maiestatis in the Roman Republic and Augustian principate*, 1967, p. 86; JONES. *The criminal courts of the Roman Republic and principate*, 1972, p. 79; VENTURINI. *Studi sul crimen maiestatis*, 1979, p. 399 *et seq.* Contra: REIN. *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis Remo*, 1844, p. 252 *et seq.*; FERRINI. *Diritto penale romano. Teorie generali*, 1899, p. 227; *Esposizione storica e dottrinale del diritto romano. EDP*, aos cuidados de PESSINA. 1905, p. 133 *et seq.*

desejado por Kant. Ao filósofo de Königsberg deve-se, como se sabe, a primeira proposta completa de superação da tradicional dicotomia direito estatal/direito internacional, perseguida mediante a imputação de situações subjetivas das quais o indivíduo seja titular em sua qualidade de *cives mundi*.<sup>52</sup> Um compêndio teórico de grande alcance heurístico e com relevantes influências sobre as sucessivas especulações de escritores tais como, por exemplo, Rawls e Habermas.<sup>53</sup> Não menor importância parecem assumir as reflexões kantianas nos recentes estudos sobre a democracia cosmopolita,<sup>54</sup> nas quais se utiliza, dentre outras, uma revisitação

<sup>52</sup> KANT. *Zur ewigen Frieden*, 1795, trad. it. *Per la pace perpetua: un progetto filosofico e altri scritti*, 1983, p. 23, em que o autor desenvolve intuições já expressas nas *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* de 1784. Segundo Ricuperati (*Ad vocem* “Cosmopolitismo”. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. *Dizionario di politica*, 1991, p. 245), precedente teórico do direito cosmopolita seria Wolff que o próprio Kant, no capítulo final de sua *Critica della ragion pura* (trad. it., 1949), considerou o campeão do uso dogmático da razão, em oposição a Hume paladino do uso cético. A contribuição de Wolff à obra de unificação do sujeito de direito parece, todavia, limitar-se somente à utilização de categorias lógico-formais, e não à elaboração de ideologias reformadoras ditadas pela razão prática. Como revela Von Voltolini (*Die naturrechtliche Lehre und die Reformen des 18. Jahrhunderts*. In: *Historische Jarbuch*, 1910, p. 65 *et seq.*), o método de Wolff parece instrumental tanto na obra de centralização da monarquia prussiana, quanto na política conservadora freqüente após o cumprimento da reforma de Frederico II, como prova o relevo que este assumiu por meio da obra de Darjes (cf., DARJES *Erste Gründe der Cameralwissenschaft*, 1756; *Einleitung in des Freyern von Bielefeld Lehrbegriff der Staatssklugheit*, 1764), na nova ciência do Estado denominada cameralismo.

<sup>53</sup> Cf. RAWLS. *The law of peoples*. In: SHUTE-HURLEY. *On human rights: the Oxford amnesty lectures*, 1993, p. 41 *et seq.*; HABERMAS. *Die Einbeziehung des Andern*, 1996; Kants *Idee des ewigen Frieden*. Aus dem historische Abstand von 200 Jahren In: *Kritische Justiz*, 1995, p. 293 *et seq.*; *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, 1998; por último, Il progetto kantiano di costituzionalizzare il diritto internazionale ha ancora una possibilità. *Micromega*, 5, p. 133 *et seq.*, 2006.

<sup>54</sup> Cf., para todos, HELD. *Democracy and the global order: from the modern State to Cosmopolitan Governance*, 1995, spec p. 225 *et seq.*; ANDERSON (Ed.). *Transnational democracy: political spaces and border crossings*, 2004.

da tradicional noção de cidadania, não mais comparável, tal como o juspositivismo organicista, como *Staatangehörigkeit*.<sup>55</sup>

Solicitações que só parcialmente podemos mencionar e que com certeza concorrem a realizar a intenção eurocosmopolita (*europaweltbürgerlich*) mediante o conjunto daqueles direitos fundamentais que marcam a união de todo o patrimônio constitucional europeu. Trata-se, de resto, de uma operação já efetuada pela Corte de Justiça das Comunidades europeias desde o começo da década de 1960 que, desse modo, “serviu admiravelmente à causa da integração”, conseguindo ao mesmo tempo “deixar menos dramático, pelo menos em parte, o problema da constituição, porque pode ser referida a um ordenamento fundado não somente nos tratados, mas também no reconhecimento de tradições constitucionais em condições de realizar a função dos princípios e das regras fundamentais de um país com constituição não escrita”.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> *Angehörigkeit* é, de fato, o vocábulo com o qual se descreve, dentre outras, aquela relação orgânica existente antigamente em formações sociais como a família (*Familienangehörigkeit*) ou a estirpe (*Stammenangehörigkeit*), considerado não mais idôneo a descrever a ligação entre a pessoa física e uma entidade política, que uma respeitável doutrina tende agora a fundar sobre a cultura: cf. HÄBERLE. *Die Europäische Verfassungsstaatlichkeit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1995, p. 302 *et seq.*; La cittadinanza come tema di una dottrina europea della Costituzione. *RDCost*, 37 *et seq.*, 1997, que utiliza o termo *Staatbürgerschaft* (adaptação do francês *citoyen* em 1789 por Wieland) já utilizado pelo próprio Kant. Sobre a relação entre direito e cultura ver, do mesmo autor: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, trad. it.: *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, 2001; *Rechtsvergleichung in Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; *Europäische Rechtskultur*, 1994; *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996; *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, 2003; *Rechts-Wissenschaft als Lebensform*, in *Jahrbuch öff. Rechts*, 2004, p. 155 *et seq.*

<sup>56</sup> Così, PINELLI. Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei tra apprendimento e virtù trasformativa. *GiorStCost.*, 2, p. 11, 2006. Cf. inoltre, HABERMAS. Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione? In: BONACCHI (a os cuidados de). *Una Costituzione senza Stato*, 2002, p. 146 *et seq.*

Um empreendimento sucessivamente facilitado pelo processo de codificação das situações subjetivas tuteladas que, embora não operando uma espécie de metafísica transsubstanciação dos direitos, assinalam etapas decisivas na definição dos *Grundwerte*. Certamente, às vezes a obra assemelha-se à coruja de Minerva, instrumento que reconhece o que já existe, igualmente útil onde circunscreve figura de contornos sombrios. Embora reduzido a um produto crepuscular, o *corpus* normativo redigido não constitui, porém, um esforço inane. O efeito útil consta em sua inserção na articulada trama das fontes, com conseqüências que a história das codificações constitucionais ensina serem nada inócuas.

Existe, ainda, uma ulterior ofelimidade, desconhecida *aliunde*, que o sistema europeu lucra destas cartas. A alusão é sobre sua capacidade de incidir no metabolismo jurídico da União, marcando de modo irreversível o *acquis communautaire*. É o caso, por exemplo, do Tratado que institui uma Constituição para a Europa que, apesar da *débâche* no referendo, *quodammodo*, concorreu para a inserção no *acquis* de uma ulterior metanorma voltada a presidir as relações entre ordenamentos<sup>57</sup>: todo o direito da União deve agora ser submetido a um *opus* de composição sistemática com os princípios descendentes das identidades

PIZZORUSSO. *Il patrimonio costituzionale europeo*, 2002, p. 180-181. Entre as primeiras decisões da CGCE, ver: 12/11/1969, in c-29/1969 *Stauder*; 17/11/1970. In: c-11/1970 *Internationale Handelsgesellschaft*; 14/5/1974, in c-4/1973 *Nold*, que podem ser encontradas no endereço <http://www.curia.europa.eu>.

<sup>57</sup> Così RUGGERI, A. Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici). In: STAJANO (a cura di). *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, 2006, p. 827 *et seq.*; Trattato costituzionale e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali al bivio tra separazione ed integrazione. In: GAMBINO (a cura di). *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, 2006, p. 216 *et seq.*



nacionais de cada Estado que podem ser deduzidas de suas estruturas constitucionais. Já adotada pela União com o art. 6º, § 3º do Tratado UE, esta obrigação encontra agora um preciso referente para a avaliação de seu exato cumprimento naquelas disposições constitucionais em que se reflete o precipitado cultural de cada Estado. O art. I-5 do Tratado constitucional realiza, assim, um preciso contraponto<sup>58</sup> à supremacia do direito da União, assinalando igualmente o abandono da ressurgente dicotomia *primauté* vs *contralimites*<sup>59</sup>. Toma o lugar uma perspectiva fisiologicamente dinâmica na qual normas comunitárias e normas nacionais interagem com a finalidade de garantir o melhor padrão de tutela dos direitos humanos identificado pelos órgãos a isto prepostos.<sup>60</sup> Tais são igualmente a Corte de Justiça e as Cortes Constitucionais dos países membros, não sendo mais possível afirmar a existência de um único titular da busca dos valores. Os direitos humanos vivem agora, de fato, em uma dimensão dialética entre não mais contraditórios que exige não um litígio entre obstinados, mas um concurso ativo para a tessitura da trama axiológica em que germina o processo de integração européia.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Cf., MADURO, Poiares. Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action. In: WALZER (Ed). *Sovereignty in transition*, 2003, p. 501 *et seq.*

<sup>59</sup> Cf. CELOTTO-GROPPI. Diritto UE e diritto nazionale: *primauté* vs. *controlimiti*. *RIDPC*, p. 1.309 *et seq.*, 2004; veja, também: CASSIA, Paul. L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes. *Jurisclasseur – Europe*, n. 12, 12 *et seq.* Dec. 2004; CARTABIA. *Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*. *DUE*, 3, 592 *et seq.*, 2005.

<sup>60</sup> Sobre vários critérios da *better law* ou do *maximum standard*, ver BERNARDI. *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, p. 78 *et seq.*

<sup>61</sup> A identificação do guardião das estruturas constitucionais européias é tema que provoca motivadas preocupações. Cf. já Alonso Garcia, intervenção no seminário realizado na Universidade Carlos III de Madrid, em 5-7 de setembro de 2004, *The national Constitutional Reflections of the European Union Constitutional Reform*, lembrado por CARTABIA. *Unità*, p. 594, n. 23. Sobre o tema ver RUGGERI, A. *Trattato costituzionale*, p. 846 *et seq.*

Assim é o *punctum coniunctionis* (aquela unidade na diversidade que constitui o lema da União) que segue ao *principium individuationis* igualmente operado pelos arts. I-5 e I-6 do Tratado Constitucional, que vêem nos direitos fundamentais aquilo que em termos hegelianos pode ser ao mesmo tempo o veículo de reconhecimento de uma Autoconsciência e a superação da oposição com o Outro de si.

Um dos terrenos eletivos do diálogo prefigurado é certamente constituído pelo espaço de segurança, liberdade e justiça, que o art. III-257 do Tratado constitucional quer que se realize “no respeito dos direitos fundamentais bem como dos diversos ordenamentos e tradições jurídicas dos Estados membros”.<sup>62</sup> Estes conservam, no âmbito da cooperação judiciária, a faculdade de manter ou introduzir um nível mais elevado de tutela das pessoas, mesmo na presença de uma lei geral europeia no tema. São permitidos, assim, heterogêneos padrões de garantia, capazes de incidir de forma relevante na aplicação do princípio do mútuo reconhecimento das decisões colocado como fundamento da cooperação judiciária penal.<sup>63</sup> Parece provado, de resto, que nesse setor ambições europeias e temores nacionais instaurem uma convivência nem sempre fácil. Oferecem um seguro testemunho disso, por exemplo, as decisões do Tribunal constitucional polonês e do

<sup>62</sup> Sobre o significado desta disposição ver Nascimbene, Introdução, em AA.VV., *Mandato di arresto europeo e garanzie*.

<sup>63</sup> Cf. nesse sentido, NASCIMBENE. Prefazione In: AA.VV. (aos cuidados de PEDRAZZI). *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, 2004, p. XI; MARZADURI. Tutela dei diritti fondamentali e disciplina del mandato di arresto europeo: spunti problematici sui contenuti delle disposizioni introduttive delle legge n. 69 del 2005. *IP*, p. 898-899, 2005; . Sobre as previsões do Tratado constitucional evocadas no texto, ver, para todos, BARGIS. *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale. RIDPP*, p. 157 *et seq.*, 2005.

*Bundesverfassungsgericht* alemão, tendo ambas por objeto as respectivas legislações internas de atuação da decisão geral de 13 de junho de 2002 GAI/584, relativa ao mandato de prisão europeu. As censuras envolvem, no primeiro caso, somente o art. 606, *t*, §1º do código de procedimento penal polonês (na edição devida à lei de 16 de março de 2004), declarado ilegítimo na parte em que consente a entrega de cidadãos poloneses, inibida pelo art. 55 do disposto constitucional. Solução pouco consentânea aos auspícios da cooperação se não socorresse um inesperado *deus ex machina* a adiar seus efeitos: o juiz de legitimidade constitucional recorre ao art. 190 da Constituição, que consente o perdurar da aplicação da lei inconstitucional por um tempo máximo de 18 meses. Há tempo para uma reforma do texto constitucional, homóloga àquela já efetuada pela Letônia (art. 98), que mudando o parâmetro elimine os efeitos do julgado<sup>64</sup>.

Mais problemática a história alemã: a *Verfassungsbeschwerde* levantada por um cidadão alemão-sírio de quem a *Audencia Nacional* de Madrid pede a entrega conduz à declaratória de ilegitimidade constitucional da inteira lei de execução do mandato de prisão europeu, inserida na parte VIII da lei geral sobre a colaboração internacional (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*). A decisão procede através de uma seqüela de argumentações que não podem ser compartilhadas *in toto*, mas que são marcadas por uma robusta formulação

<sup>64</sup> A sentença 11 de maio de 2005, n. K. 18/04 do Tribunal constitucional polonês está disponível em: [www.statewatch.org](http://www.statewatch.org). Entre os comentários em língua italiana ver: SAWICKI. *Incostituzionale ma efficace: il mandato di arresto europeo e la Costituzione polacca*. Disponível em: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); BALBO. *I sistemi giurisdizionali nazionali di fronte al mandato di arresto europeo*. Disponível em: [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); SIMEONI. *La Corte Costituzionale polacca, il mandato di arresto europeo e la sentenza sul trattato di adesione all'UE*. *QuadC*, p. 894 *et seq.*, 2005,

sistemática.<sup>65</sup> A possibilidade de extradição de cidadãos alemães de um país membro da União européia, permitida pelo art. 16 Abs. 2 GG só à medida que forem observados os princípios do Estado de Direito não assinala uma desestatização do ordenamento considerando a inidoneidade do conceito derivado de *Unionsbürgerschaft* de remover a noção de cidadania em que se firma a íntima ligação entre o indivíduo e o próprio ordenamento jurídico. Cabe a este garantir a confiança do cidadão na não-punibilidade de uma conduta lícitamente realizada no território do Estado (*maßgeblicher Inlandesbezug*).<sup>66</sup> O procedimento de *Bewilligung*, já inteiramente reconduzido na perspectiva jurisdicional,<sup>67</sup> deve, então, afastar os perniciosos efeitos de direito material, tais como a violação do princípio de irretroatividade da norma penal. Situação aliena aos casos em que o delito apresente prevalentes ligações externas (*maßgeblicher Auslandsbezug*), reproduzida, todavia, nas hipóteses em que o comportamento criminoso seja efetuado no todo ou em parte em território alemão, mas o evento se produza

<sup>65</sup> A sentença do *Bundesverfassungsgericht*, 2BvR 2236/2004 de 18 de julho de 2005 (Darkanzali) está disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de). Sobre essa decisão ver, em particular para os perfis não objeto de escrutínio no texto: DI MARTINO, Aless. *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul mandato di arresto europeo*. Disponível em: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); PALERMO. *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo*. *QuadC*, p. 897 et seq., 2005; WOELK, *Parlare a nuora perché suocera intenda: il BverfG dichiara incostituzionale la legge di attuazione tedesca del mandato di arresto europeo*, in *DPCE*, 2006, 160 et seq.; di MARTINO, *La frontiera*, cit., 283 et seq.

<sup>66</sup> Sobre o papel que a tutela da confiança tem na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* no caso de retroatividade da lei não penal, ver MERUSI. *L'affidamento del cittadino*. In: *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*. *Dagli anni "trenta" all' "alternanza"*, 2001, p. 21 et seq.

<sup>67</sup> Sobre a natureza jurisdicional do procedimento de extradição ver já em MARZADURI. *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, 1993, p. 184 et seq., e *Tutela dei diritti*, p. 889 et seq., e n. 7.

*aliunde*. Nessas eventualidades, desempenha papel essencial a disposição contida no art. 4º n. 7, letra *a*, da decisão geral, na opinião da Corte não valorizada pelo legislador alemão como instrumento de ponderação das conflitantes exigências de repressão e garantia emergentes em tais casos.

Lacunas que a Corte percebe também relativamente à falta de inserção no rol dos motivos obstativos à entrega das situações de litispendência (art. 4º, n. 2, da decisão geral) ou de arquivamento ou definição do julgamento na fase das investigações preliminares (art. 4º, n. 3, da decisão geral). Uma proposição que em seu enunciado final parece não reconhecer a decisão emitida em 11 de fevereiro de 2003 com a qual a Corte de Justiça das Comunidades européias estende o art. 54 da Convenção aplicativa do Acordo de Schengen aos procedimentos de extinção da ação penal dispostos pelo público ministério após o cumprimento de algumas obrigações por parte do réu.<sup>68</sup> Que a lei alemã exclua a aplicação do *ne bis in idem* chamado de extradição no caso de recurso aos procedimentos dos artigos 153-bis e 153, n. 1, da *Strafprozessordnung* é, de resto, afirmação que se rompe contra as exatas objeções sistemáticas expressas no *Sondervotum* pelos juizes Lübke-Wollf e Gerhard. Os mesmos que imputam ao *Bundesverfassungsgericht* a vontade de enviar, por meio das advertências ao legislador alemão, sinais “obscuros” e “ambíguos” à Corte de Justiça, renunciando a uma “colaboração construtiva” por causa de uma monística avaliação da perspectiva nacional (§§ 159, 189).

Paira o espectro de uma *rentrée* da conhecida disputa entre as duas cortes que atinge o diapasão com as conhecidas decisão *Solange I* de 1973 e *Maastricht* de vinte anos depois, quase fosse

<sup>68</sup> Cf. CCCE, 11/11/2003. Oberlandesgericht e Rechtbank van eerste aanleg c. Gözütok e Brügge. *Cp.*, p. 1.688 *et seq.*, 2003, con nota di SELVAGGI. *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*.

já arquivado o endereço expresso no caso do *Bananen-Markordnung*.<sup>69</sup> E não falta quem<sup>70</sup> perceba nisso os avisos no *Görgülü-Beschluß*: inspirado na reconstrução das relações entre os ordenamentos ao dualismo clássico de marca triepeliana, o *Bundesverfassungsgericht* admite a possibilidade do juiz alemão de afastar-se de uma decisão da Corte européia dos direitos do homem quando ele não consiga uma interpretação metodologicamente sustentável com as regras e a jurisprudência da Cedu, e aquele for o único caminho para impedir uma violação dos direitos fundamentais.<sup>71</sup> A operação envolve fatos convergentes naquelas “relações multipolares de direitos fundamentais” que podem ser encontradas particularmente no direito privado e suscetíveis de dar lugar a um “sistema parcial do direito interno e balanceado nas conseqüências jurídicas”. É o caso do direito de família, dos estrangeiros e da personalidade. Esta última referência revela o ressentimento

<sup>69</sup> Cf. BVerfGE 37, p. 271 *et seq.*, ord. 29/5/1974 (Solange I); BVerfGE, 89, 115 *et seq.*, sent. 19/10/1993 (Maastricht); BVerfGE, 102, 147 *et seq.*, sent. 7/7/2002 (*Bananen-Markordnung*), que evoca o endereço já expresso em BVerfGE, 73, p. 339 *et seq.*, ord. 22/10/1986 (Solange II).

<sup>70</sup> WOELK. *Parlare a nuora perché suocera intenda*, p. 166.

<sup>71</sup> 2BVerfGE 1481/04 del 14/10/2004, JZ, p. 1.171 *et seq.*, 2004. Sobre essa decisão, ver CREMER. Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen. *EuGRZ*, p. 683 *et seq.* 2004; PERNICE. BverfG, EGMR und die rechtsgemeinschaft. *EuZWR*, p. 705, 2004; MAYER-LADEWIG; PETZOLD. Die bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR. *NJW*, 2005, 15 *et seq.*; HARTWIG. Much Ado about Human Rights: The federal Constitutional Court confronts the european court of human rights I and II. *German Law Journal*, 5, 2005; KLEIN. Anmerkung. JZ, p. 1.176, 2005. Em língua italiana veja: PALERMO. Il Bundesverfassungsgericht e la teoria selettiva dei controlimiti. *QuadC*, p. 181 *et seq.* 2005; Aless Di Martino (L'efficacia delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto tedesco: il significato del Görgülü-Beschluß per una tutela multilivello dei diritti. *DPCE*, p. 911 *et seq.* 2006), que oportunamente sublinha como o Tribunal constitucional faça desviar “os termos do problema (dos limites) da *res iudicata* da sentença européia à eficácia em geral da jurisprudência de Estrasburgo no direito alemão, modificando [...] o próprio *thema decidendum*”.

guardado pelo Tribunal constitucional alemão em relação à Corte europeia dos direitos do homem pela conhecida historia *Von Hannover c. Germania*<sup>72</sup>.

Também neste caso observa-se aquela que os filósofos chamam de heterogênese dos fins ou astúcia da razão. O *Bundesverfassungsgericht* fala a órgãos nacionais (legislador ou juizes) para que as Cortes entendam. Não é, talvez, casual que a decisão sobre a lei de execução do mandato de prisão europeu chegue apenas 32 dias depois da sentença sobre o caso Pupino com a qual se afirma a obrigação do juiz nacional de interpretar as normas internas conforme a letra e o escopo das decisões gerais.<sup>73</sup> Parecem levar isso em conta, por exemplo, as primeiras decisões da Corte de Cassação italiana, relativas ao art. 17, § 4º da lei de execução da decisão geral sobre o mandato de prisão, que limitam a verificação dos graves indícios de culpa ao controle da existência de um “compêndio indiciário que a autoridade judiciária emitente considerou seriamente evocativo de um delito

<sup>72</sup> Ver Corte Europeia dos direitos do homem, 24 de junho de 2004, n. 59329/00, que resolve o contraste entre direito ao sigilo e direito a noticiar de modo diferente em relação a 1 BVerfGE 758/97 ordenança do 26 de abril de 2001. Opinião idêntica à expressa por nós é sustentada por: Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen. *EuGRZ*, p. 683; HARTWIG. HARTWIG. Much Ado about Human Rights: The federal Constitutional Court confronts the European court of human rights I and II. *German Law Journal*, 5; PALERMO PALERMO. Il Bundesverfassungsgericht e la teoria selettiva dei controllimiti. *QuadC*, p. 182; DI MARTINO, Aless. L'efficacia delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto tedesco: il significato del Görgülü- Beschluß per una tutela multilivello dei diritti. *DPCE*, p. 925.

<sup>73</sup> Cf. CGCE, 16/6/2005, C-105, Pupino. *DPP*, p. 1.178 *et seq.* Sobre os efeitos da sentença Pupino, veja: FABBRICATORE. Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro. *DPP*, 640 *et seq.* 2006; MANES. L'incidenza delle decisioni quadro sull'interpretazione in materia penale: Profili di diritto sostanziale. *Cp*, p. 1.150 *et seq.* 2006; APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino in materia di incidente probatorio*, *ivi*, p. 1.165 *et seq.*

cometido pela pessoa da qual se pede a entrega”.<sup>74</sup> A exegese conforme ao direito comunitário pareceria um prelúdio ao reconhecimento de hipótese de *Drittwirkung* de atos do Terceiro pilar. A solução adotada assinala, em verdade, a atual prevalência epistemológica do instrumento hermenêutico, mais adequado por ductilidade e eficácia ao novo sistema jurídico europeu. Uma ordem com estilemas medievais, exposta, como diremos a seguir, ao risco que a tirania do direito vivente sobrepuje o sistema inteiro, como sugere uma análise desencantada da jurisprudência mais ou menos recente. A conformidade às fontes derivantes de organismos supranacionais deve encontrar, ao contrário, barreiras fisiológicas nos casos em que se corra o risco de uma lesão nas pilastras que sustentam todo o tecido jurídico. Uma resistência que, diante das considerações feitas até agora, não se assemelha mais, se não é movida por razões de mera autarquia jurídico-política, à rebelião de Prometeu contra os deuses. As garantias jurídicas (subjativas e objetivas) não são exclusivo apanágio de alguém mas o objeto de um necessário exercício dialético voltado à definição das eventuais hierarquias axiológicas.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Cf. Cass. sez. fer., 13 de setembro de 2005, Hussain Osman; Cass. VI, 23 de setembro de 2005, Ilie Petre. Sobre essas pronúncias ver: SELVAGGI. *Mandato di arresto europeo e gravi indizi di colpevolezza*. CP, 3769 *et seq.*, 2005; APRILE. *Note a margine delle prime pronunce della Cassazione in tema di mandato di arresto europeo: dubbi esegetici e tentativi di sistemazione logico sistematica della materia*, *ivi*, 2006, p. 2.516 *et seq.*

<sup>75</sup> Sobre a noção de hierarquia axiológica cf., para todos, GUASTINI. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, 1993, p. 42 *et seq.* Sobre a relação entre valores, princípios e atividade hermenêutica, ver, por último, a recente coleção de escritos contida em *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2005, dedicado ao tema “Valori, principi, regole”, e em particular aos trabalhos de VIOLA. *Conflitto di identità e conflitti di valori*, p. 61 *et seq.*; ALEXV. *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, p. 97 *et seq.*; HASSEMER. *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, p. 125 *et seq.*; BONGIOVANNI. *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale*, p. 177 *et seq.*; DE CARVALHO, Dantas, *Un approccio alla dinamica dell'applicazione*



Por essas reflexões, compreende-se como o edifício jurídico europeu constitui um *humus* muito fértil para antigas e novas instâncias de tutela dos direitos fundamentais. Estes não constituem constantes ontológicas, mas resultam ao contrário entidades ônticas dependentes do momento histórico. Necessária então uma obra de constante manutenção de seu catálogo, no qual convergem situações jurídicas subjetivas de marca processual, antigamente estranhas a compilações desse tipo. É o caso do princípio do *ne bis in idem* cujo valor é, para alguns ordenamentos continentais, uma aquisição relativamente recente. Na dimensão transnacional européia a regra *de qua* emerge menos de quarenta anos atrás ainda por obra da jurisprudência, a ulterior confirmação de como as palingêneses jurídicas coincidam às vezes com um singular eterno retorno.<sup>76</sup>

A ocasião da intervenção é oferecida pela instauração relativamente ao mesmo fato de múltiplos procedimentos

---

*di regole e principi*, p. 209 *et seq.*; COSTANZO. *L'ingranaggio normativo*, p. 219 *et seq.*; BERTI. *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, p. 255 *et seq.*; SALDAÑA. *Regole e principi*. L'origine e il contenuto morale dei principi giuridici delle *regulae iuris*, p. 305 *et seq.* Cf., também, VIOLA. *Regole e principi*. In: VIOLA-ZACCARIA. *Diritto e interpretazione*. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto, 1999, p. 366 *et seq.*, nos quais se encontram ulteriores indicações bibliográficas.

<sup>76</sup> Cf. CALASSO. *Medioevo del diritto*, I: Le fonti, 1954, p. 410 *et seq.*, 453 *et seq.*; CAVANNA. *Storia del diritto moderno in Europa*, I, 1979, p. 41-65; GROSSI. *L'ordine giuridico medioevale*, 1995, p. 29 *et seq.*, 223 *et seq.*; *Mitologie giuridiche della modernità*, 2001, p. 15 *et seq.*, 43 *et seq.*, 71 *et seq.*; *Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo futuro*. *Quaderni Fiorentini* (2002), n. 31, p. 29 *et seq.* 2003; RIONDATO. Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al *Corpus Juris* per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione. In: PICOTTI (a cura di). *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, 1999, p. 97 *et seq.*, 102 *et seq.*; DONINI. Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione di diritto penale economico. *Cp*, p. 1.816 *et seq.* 2003; *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, p. 154 *et seq.* V. também *retro* § 3.1, no fim.

administrativos voltados a punir práticas restritivas da concorrência<sup>77</sup>: matéria extrapenal, portanto, mas igualmente relevante para nossa pesquisa. É negada a operacionalidade do princípio do *ne bis in idem* entre ordenamentos distintos, mas é certo que, em lugar de constituir o resultado de disquisições de teoria geral, visa a conservar a pretensão punitiva da Comunidade em um caso em que seja o procedimento interno a ser previamente definido. Situação que não impede à Corte exigir uma conformidade do julgado interno ao *decisum* da Comissão imposta pelo assim chamado efeito útil que se coloca na salvaguarda da *primauté* comunitária. Resta uma única concessão de sabor garantístico que consta na imputação da sanção precedentemente aplicada à sucessiva, conforme previsto, por exemplo, pelo art. 138 c.p. italiano. Uma regra muitas vezes citada na literatura científica com o áulico sintagma *ne bis in idem* executivo, do qual, ao contrário do homólogo assim chamado processual, já se reconhece a valência de regra de direito internacional geralmente reconhecida. Não é assim para o advogado geral no litígio *Boenringer Mannheim c. Commissione*, que em suas conclusões duvida até da existência de um critério de imputação que valha também no setor das sanções administrativas.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Ver Corte de justiça das Comunidades européias, 13 de fevereiro de 1969, na causa 14/68 *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, disponível em: <http://www.curia.europa.eu>. Sobre esta decisão, ver: SCHEMERS. “Non bis in idem”. In: *Du droit international au droit de l’integration*, 1987, p. 606, 609; COLETTE-BASECQZ. Une conséquence de la nature pénale au niveau des garanties procédurales: l’application du principe *ne bis in idem*. In: TULKENS; BOSLY. *La justice et l’Europe: travaux du XVI journées d’études juridiques organisées par le département de criminologie et de droit pénal*, 1996, p. 466 *et seq.*; SCHEMERS. “Non bis in idem”. In: *Du droit international au droit de l’integration*, 1987, p. 606, 609.

<sup>78</sup> Ver as conclusões do Advogado geral MAYRAS in c. 45/69, 15 de julho de 1970. *Boenringer Mannheim c. Commissione*. In: *Raccolta*, 1972, p. 1.281 *et seq.*

O paradigma muda no setor penal onde a regra do *ne bis in idem* encontra progressiva afirmação por obra do direito internacional pactual. As convenções envolvem especialmente o assim chamado *ne bis in idem* de extradição, objeto de precípua aprofundamento no prosseguimento da pesquisa. Aqui o tratamento entende, vice-versa, verter sobre as hipóteses de reconhecimento da eficácia preclusiva de um *dictum* judicial estatal em um diverso ordenamento jurídico. Situações sustentadas pelo mais vigoroso componente efetivo, enquanto realmente idôneas a inibir o exercício de uma nova ação relativamente a uma história penal que, passada através do prisma do julgamento operado por outra jurisdição, já adquiriu o próprio predicado de juridicidade. Esta coloca o próprio caráter eidético exatamente na eficácia jurídica<sup>79</sup> que, no caso de um fato penalmente relevante, não se pode apreciar senão em razão da averiguação judicial, “termo médio, que se interpõe entre a imagem exangue que entrou na norma e o ato preceptivo, revestido de uma sua concreta dimensão, com o qual é definido em termos de direito o caso singular *hic et nunc* determinado”.<sup>80</sup>

A exigência de conferir valor *ultra limes* ao julgado encontra apoio em importantes sedes institucionais. Já em março 1984, o Parlamento europeu aprova uma resolução que tem por objeto a aplicação do princípio do *ne bis in idem* dentro da Comunidade européia.<sup>81</sup> A regra, como se lê na motivação a ela anexa, “apóia em dois pressupostos fundamentais entre si, [...], a liberdade individual por um lado e, pelo outro, a *vis rei judicatae* como

<sup>79</sup> Retro § 4. Cf., também, FALZEA. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, 1941, p. 13 *et seq.*, 19; Efficacia giuridica. *ED*, XIV, p. 435, 1965.

<sup>80</sup> Così CORDERO. *Il giudizio d'onore*, 1959, p. 235, n. 66.

<sup>81</sup> Resolução de 16 de março de 1984, em GUCE, n. C 104 del 16 aprile 1984, 133 *et seq.*, originada pelo famoso caso “Barletta”, emigrante italiano condenado tanto na Alemanha como na Itália por uxoricídio. Sobre a história: PISANI. Dal Parlamento europeo: verso il *ne bis in idem* internazionale. *Ip*, 602 *et seq.*, 1984.

elemento de paz social”. Reconhece-se como casos que podem ser julgados indefinidamente transformam o litígio em um foco crônico, intolerável para qualquer corpo social.<sup>82</sup> Da mesma forma se celebra a peculiar valência de garantia do princípio do *ne bis in idem*, expediente destinado a subtrair o indivíduo a uma “teoricamente ilimitada possibilidade de persecução penal e, portanto, ao arbítrio incondicional do órgão punitivo”.<sup>83</sup> qualquer que seja a jurisdição a que pertence. Revivem, assim, elaborações de clara matriz iluminística percebidos já na literatura jurídica do século XIX, e apropriados pelo Instituto de direito internacional penal que em uma sua resolução expressa na sessão de Mônaco de Baviera de 1883 auspicia uma extensa aplicação da regra *de qua*.<sup>84</sup> Desejo expresso pouco mais de cem anos depois pelo Parlamento europeu que, para esse fim, convida os países membros a uma rápida ratificação das convenções em matéria elaboradas pelo Conselho da Europa.

Entre essas convenções é preciso deter a pesquisa ao ato relativo à validade internacional dos julgamentos repressivos, datado 1970, e sobre o homólogo inerente à transferência das causas penais dois anos depois.<sup>85</sup> O primeiro encerra a matéria em sua Parte III – seção 1 (art. 53-55) –, fornecendo uma disciplina, emendável em muitas de suas partes, mas de qualquer forma a ser apreciada pela época de sua redação. É prevista a impossibilidade

<sup>82</sup> CORDERO. *Riti e sapienza*, p. 604-605.

<sup>83</sup> DE LUCA. *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, 1963, p. 90, n. 34.

<sup>84</sup> Ver a resolução do instituto de direito penal datada 7 de setembro de 1883. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, VII, 1883-1885, p. 158.

<sup>85</sup> Cf. Convenção européia sobre a validade internacional dos julgados penais, assinada em Haia em 28 de maio de 1978 e entrada em vigor em 26 de julho de 1974; Convenção sobre transferência dos procedimentos penais aberta para assinatura em Estrasburgo em 15 de maio de 1972 e entrada em vigor em 30 de março de 1978.

de um novo julgamento para o mesmo fato já objeto de um “julgamento penal europeu”, entendido no art. 1º, § 1º, letra *a*, como qualquer decisão final emitida por um juiz penal de um Estado parte da Convenção, assim definida segundo o próprio direito interno. O efeito preclusivo descende de toda decisão de absolvição ou de condenação, desde que neste último caso a sanção tenha sido executada ou esteja em curso de execução, ou não tenha sido cumprida pela intervenção de uma providência de graça ou por anistia ou por prescrição da pena. Não são pouco relevantes as exceções previstas que certamente comprometem a efetividade da disposição: o *bis in idem* é admitido quando o réu ou a pessoa ofendida seja um sujeito público, ou público seja o bem objeto da lesão. Locução que substitui a mais geral fórmula “atos dirigidos contra o interesse do Estado”, reputada compreensiva e vaga demais, porque idônea, por exemplo, a incluir “as ofensas contra um grande número de disposições relativas ao comércio, previstas na legislação especial nacional”.<sup>86</sup> Além disso, não fica obrigado a reconhecer o julgado estrangeiro o Estado em cujo território esteja o *locus commissi delicti*, salvo se já pediu a transferência do procedimento. A essas exceções acrescenta-se a possibilidade para o Estado membro de fazer reserva nos sentidos do art. 61, § 1º da Convenção, excluindo a aplicação de uma das duas seções da Parte III (Anexo 1 letra *f*). O reconhecimento da preclusão do julgado estrangeiro seria ainda uma quimera se dependesse desse instrumento normativo, vigente há 32 anos, mas ratificado por apenas 19 países em 46.

Aparente melhor sorte parece conhecer a Convenção relativa à transferência dos procedimentos penais, que desde 1978 conta com 23 ratificações. Faltam, como na precedente, as adesões dos Estados principais, ainda relutantes em abdicar do exercício das

<sup>86</sup> Ver o *Explanatory Report*. Disponível em: [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int), p. 50.

próprias pretensões punitivas em favor de outro País dotado de *Stellvertrede Strafrechtsplege*. A sentença penal por ele emitida termina explicando eficácia preclusiva como previsto pela disciplina contida na Parte V do Tratado (arts. 35-36), totalmente idêntica, em parte *de qua*, às já exploradas disposições da Convenção de 1970, salvos os peculiares vínculos para o Estado requerente a *poursuite*.<sup>87</sup> Acrescente-se a isso um elemento ulterior de premente atualidade, consistente na predisposição de mecanismos de atribuição exclusiva da competência jurisdicional destinados a prevenir o concurso de decisões provenientes de Países diferentes. Um acúmulo de mecanismos limitado, como é freqüente,<sup>88</sup> somente aos conflitos positivos de jurisdição. Permite-se ao Estado competente renunciar ou desistir do exercício da ação penal, ou transmitir a *poursuite* no caso de contextual exercício da ação por parte de outro País membro da Convenção. Caso contrário, é preciso instaurar um diálogo entre as partes, destinado à identificação do competente exclusivo, resguardando os critérios fixados no art. 8. Apesar do escasso sucesso obtido, merece encômio a tentativa de criação daquelas “rédeas dos cavaleiros errantes”,<sup>89</sup> objeto de alguns entre os principais esforços da recente política do direito da União.

<sup>87</sup> Uma completa exposição dos traços fundamentais da disciplina em exame pode ser lida em GALANTINI. *Il ne bis in idem*, p. 217 *et seq.*

<sup>88</sup> Em verdade, o problema da coordenação “se coloca – em sua dimensão geral – ligada à devolução a cada Estado da decisão sobre se e como exercer a própria *Strafbefugnis* – em termos idênticos – ainda que não praticamente equipolentes, no caso de conflitos negativos” assim, Di Martino (*La frontiera*, p. 287), o qual cita como exemplo o caso Ocalan, a respeito do qual ver: MAZZESCHI, Pisillo. *Il caso Ocalan*; A) *Profili di diritto internazionale*. *DPP*, p. 364 *et seq.* 1999; ANTONINI. *Il caso Ocalan*; B) *profili di diritto interno*, *ivi*, p. 370 *et seq.*

<sup>89</sup> A expressão é de Di Martino (*La frontiera*, *cit.*, p. 284) e refere-se à conhecida metáfora de Brusa, citada *retro* na n. 47.

Também não encontram sucesso as convenções estipuladas entre Estados membros da Comunidade no modelo dos acordos precedentemente examinados. A mais conhecida entre elas é, com certeza, a Convenção relativa à aplicação do princípio do *ne bis in idem* datada de 25 de maio de 1987,<sup>90</sup> cujo art. 1º estabelece que “uma pessoa que tenha sido julgada com sentença definitiva em um Estado membro não [possa] ser submetida a um procedimento penal para os mesmos fatos em outro Estado membro sob a condição que, em caso de condenação, a pena tenha sido executada ou esteja efetivamente em execução atualmente ou, segundo a lei do estado que condenou não possa mais ser executada”. O âmbito aplicativo da proibição parece *prima facie* mais amplo em relação ao arquétipo constituído pela Convenção de 1970: falta uma indicação taxativa dos casos de extinção da pena que comporta, então, o operar do princípio “também em hipóteses não rigidamente predeterminadas”.<sup>91</sup> A impressão é confirmada pelo exame minucioso do art. 2º da Convenção dedicado ao verdadeiro *punctum dolens* da normativa de matriz internacional. Menciona-se a disciplina das exceções que a disposição em pauta subordina à prévia declaração dos Estados a ser apresentada no momento da ratificação, aceitação ou aprovação

<sup>90</sup> Sobre a Convenção de Bruxelles (cujo pedido de execução está na lei 16 Ottobre 1989, n. 350. *G.U.* n. 253, de 28 de outubro de 1989) ver: GRASSO. *Comunità europee e diritto penale*. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri, 1989, p. 30 *et seq.*; GIARDA. Inaugurata la stagione delle novellae al codex di p.p. *Cg.*, p. 16 *et seq.*, 1990; ESPOSITO. *Gli effetti internazionali*, 1992, p. 472 *et seq.*

<sup>91</sup> Assim Amalfitano (Dal *ne bis in idem* internazionale al *ne bis in idem* europeo. *Rdipp*, p. 947, 2002), segundo a qual o chamado genérico à lei do Estado que condenou “testemunha uma maior confiança em relação aos sistemas estrangeiros e [...] pode ser considerada, portanto, a primeira expressão de abertura ao princípio do mútuo reconhecimento das leis penais dos Estados membros, ainda que em nível embrionário”.

da Convenção. Prefere-se uma opção diferente daquela acolhida no art. 53 da Convenção de 1970, a que não faltam efeitos de relevo. Vamos pensar na impossibilidade para um Estado de alegar novas exceções, ainda que motivadas pela lógica da reciprocidade. Além disso, a inovação parece funcional a uma exigência de certeza do direito satisfeita pela preventiva determinação das exceções, formuladas melhor em relação ao texto da Convenção sobre a validade internacional dos julgamentos repressivos. Prevê-se, *in primis*, que o Estado possa dizer não estar vinculado pela regra do § 1º no caso em que os fatos objeto da sentença estrangeira tenham acontecido em todo ou em parte no próprio território. Ao contrário, quando o fato tem dimensão transnacional, a proibição do *ne bis in idem* não resulta derogável. É possível proceder igualmente no caso de delitos contra a segurança ou contra outros interesses igualmente essenciais do Estado membro identificados por este com declaração específica (eles são, segundo o art. 3º, § 2º, da lei 16 de outubro de 1989, n. 350, os delitos contra a personalidade do Estado), ou de crimes cometidos por um público oficial de tal Estado membro em violação aos próprios deveres de ofício. O art. 2º encerra com a previsão do § 4º, que exclui a aplicação das exceções caso o país que pretende valer-se delas tenha pedido a instauração do procedimento no Estado que condenou ou tenha concedido ao mesmo a extradição do réu<sup>92</sup>. Relevante, por fim, a disposição contida no art. 4º em que se prepara um sistema de troca de informações com a finalidade de evitar inoportunas duplicações do mesmo processo.

O ato normativo *in tabula* representa, portanto, uma evolução significativa apesar do exíguo número de ratificações realizadas que impediu sua entrada em vigor. Segundo o art. 6º § 3º, o

<sup>92</sup> Sobre estas previsões ver GRASSO. La cooperazione penale in materia penale tra gli Stati membri delle Comunità europee. *FI*, IV, p. 462, 1987.



instrumento se aplica, porém, nas relações entre Estados *partners* que o tenham permitido com adequada declaração.<sup>93</sup> Resultado de qualquer forma importante se pensarmos também na menor sorte que o acaso reserva a outras duas das cinco convenções estipuladas durante o Conselho europeu de 1987, as quais igualmente contêm normativas no tema de *ne bis in idem*. O acordo entre Estados membros sobre a transferência dos procedimentos penais e a Convenção sobre a execução das sentenças de condenação estrangeiras há tempo são letra morta sem nenhuma esperança de ressuscitar.<sup>94</sup> Nem a Itália, tradicionalmente propensa ao ingresso no próprio ordenamento de fontes de matriz internacional, se empenha para a ratificação destas convenções.

<sup>93</sup> Entre esses Itália, Dinamarca, França, Alemanha, Holanda, Áustria, Bélgica, Irlanda, Portugal: um conspícuo número de importantes países do continente europeu vinculados aos preceitos aqui sucintamente expostos, mesmo com significativas reservas (podem ser lidas em PISANI-MOSCONI-VIGONI. *Codice delle convenzione di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 2004, 974 *et seq.*). Cf., Cass. V, 16 de março de 1993, Alfonsetti, que declara a inaplicabilidade *pro tempore* da Convenção nas relações entre Itália e Alemanha, aderente à Convenção somente em 14 de dezembro de 1998.

<sup>94</sup> O primeiro dos acordos mencionados é estipulado em Roma em 6 de novembro de 1990 e resulta ratificado pela França (3 de maio de 1993) e pelo Portugal (11 de outubro de 1995). A segunda Convenção é assinada em Bruxelas em 13 de novembro de 1991 e ratificada pela Alemanha (10 de setembro de 1997), Holanda (17 de novembro de 1993) e Suécia (9 de fevereiro de 1994). O texto destes atos pode ser lido em PISANI; MOSCONI; VIGONI. *Codice delle convenzione di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, p. 983 *et seq.*; 989 *et seq.*

